

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 3 • 2016

ISSN 2465-0927

Il caso *Brexit* • Immigrazione e diritto d'asilo • La vicenda del burkini •
Tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo •
Il caso *Regeni* • Le relazioni esterne dell'Unione europea •
Unione europea e fiscalità • I diritti fondamentali

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Giorgio Buono

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Daniele Gallo

Lorenzo Gradoni

Olivia Lopes Pegna

Alice Ollino

Irini Papanicolopulu

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Andrea Spagnolo

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Giorgio Buono

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Pasquale de Sena

Ester di Napoli

Daniele Gallo

Lorenzo Gradoni

Olivia Lopes Pegna

Alice Ollino

Irini Papanicolopulu

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Andrea Spagnolo

SOMMARIO

Dibattiti

1. Il caso Brexit

- 4 GIULIA ROSSOLILLO | Patti chiari, amicizia lunga: l'accordo sullo *status* del Regno Unito nell'Unione europea
- 13 EMANUELA PISTOIA | I) *Brexit: Should they stay...*
- 25 PIERLUIGI SIMONE | II) *Brexit: Should they go...*
- 35 GIUSEPPE MARTINICO | La trasfigurazione del sovrano. Il diritto dell'Unione europea come fattore di evoluzione costituzionale nel Regno Unito
- 43 FRANCESCO MUNARI | You can't have your cake and eat it too: Why the UK has no right to revoke its prospected notification on *Brexit*
- 49 PIETRO MANZINI | *Brexit: Does notification mean forever?*
- 57 ALBERTO MIGLIO | Of Court, politics and EU law: The UK Supreme Court's failure to refer and its consequences
- 64 FEDERICO CASOLARI | Il labirinto delle linee rosse, ovvero: chi giudicherà la *Brexit*?

2. Immigrazione e diritto d'asilo

- 77 EMANUELA ROMAN | L'accordo UE-Turchia: criticità di un accordo a tutti i costi

iv **Quaderni SIDIBlog 3 (2016)**

- 86 FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI | Schengen o non Schengen?
- 92 MARCELLO DI FILIPPO | The Reform of the Dublin System and First (Half) Move of the Commission
- 97 GIANDONATO CAGGIANO | Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali
- 110 GIANDONATO CAGGIANO | Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza

3. La vicenda del burkini

- 119 BÉRÉNICE K. SCHRAMM | De la crise française du burkini et du droit (international) : comment s'en sortir (vraiment) ?
- 127 ALICE OLLINO | Some additional thoughts about the burkini: international human rights law and the struggle for gender equality

4. Tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo

- 135 ANDREA SPAGNOLO | Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici
- 141 BENEDETTA CAPIELLO | La tutela della salute e la protezione dell'investimento: la possibile composizione di interessi antagonisti
- 147 MARCO INGLESE | La dimensione esterna delle politiche sanitarie dell'Unione europea e la cooperazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità
- 154 GIUSEPPE PALMISANO | Il diritto alla protezione della salute nella Carta sociale europea

v **Quaderni SIDIBlog 3 (2016)**

- 158 JULIA RICHTER | Soft Law and the Inclusion of Non-State Actors to International Health Law: The Example of the WHO/UNICEF Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes
- 164 SIMONE VEZZANI | Emergenze sanitarie globali e diritto internazionale: l'accesso agli agenti patogeni e alle relative sequenze genetiche

5. Il caso Regeni

- 172 URSULA LINDSEY | Factual Insight on the Murder of Giulio Regeni
- 175 LUCA PASQUET | L'Italia, l'Egitto, e il "diritto alla verità": alcune considerazioni sul caso Regeni
- 182 GABRIELLA CARELLA | In morte di Giulio Regeni
- 188 GABRIELLA CITRONI | Short-term Enforced Disappearances as a Tool for Repression

6. Le relazioni esterne dell'Unione europea

- 197 ANNA MICARA | Norme TRIPs-plus e sicurezza alimentare negli accordi commerciali dell'Unione europea
- 202 CLAUDIO DORDI E FRANCESCO MONTANARO | *An unlikely duo?* Protezione degli investimenti esteri e tutela dell'ambiente negli accordi commerciali dell'UE post-Lisbona
- 208 PETER VAN ELSUWEGE | Legal Implications of the Dutch "No" Vote for the Future of the EU-Ukraine Association Agreement
- 212 STEFANO SALUZZO | Tutela dei dati personali e deroghe in materia di sicurezza nazionale dopo l'entrata in vigore del *Privacy Shield*

7. Unione europea, politica economica-monetaria e fiscalità

- 221 SALVATORE D'ACUNTO | *Tax credit certificates*: uno strumento di contrasto agli squilibri macroeconomici nell'eurozona?
- 232 FILIPPO CROCI | La Corte di giustizia si pronuncia sul requisito della condivisione degli oneri relativi agli aiuti di Stato alle banche: una "legittimazione" del *bail-in*?
- 241 LORENZO FEDERICO PACE | And indeed it was a (failed) notification crisis: The *OMT* judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the *OMT* case
- 256 GIULIA ROSSOLILLO | Mercato, fiscalità, sovranità: il trattamento fiscale di *Apple* in Irlanda
- 261 MARCO GREGGI | Il Tribunale dell'Unione europea prova a scrivere l'ultima pagina sulla fiscalità (immobiliare) degli istituti religiosi in Italia

8. La protezione dei diritti fondamentali in Italia e in Europa

- 268 CLAUDIA MORINI | L'Italia e il sovraffollamento carcerario: verso la soluzione del problema?
- 276 GABRIELE DELLA MORTE | Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa
- 283 ORNELLA FERACI | Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (*Bosphorus*): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Avotiņš c. Lettonia*

vii **Quaderni SIDIBlog 3 (2016)**

- 299 LUDOVICA POLI | La Grande Camera e l'ultima parola sul caso *Paradiso e Campanelli*

Interventi

9. Diritto internazionale pubblico

- 310 FRANCESCA ROMANIN JACUR | L'Accordo di Parigi e i passi avanti della cooperazione multilaterale sul clima
- 316 MARCO ROSCINI | Il quarto test nucleare della Corea del Nord
- 319 DIEGO MAURI | Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l'accordo italo-americano?
- 326 ALICE OLLINO | Iran e Stati Uniti di nuovo davanti alla Corte
- 333 MIRKO SOSSAI | Il mandato della missione di stabilizzazione in Mali: verso una convergenza tra *peacekeeping* e anti-terrorismo?
- 339 EDOARDO STOPPIONI | The ICJ decision in the Marshall Islands cases or the unintended consequences of "awareness"

10. Diritto internazionale privato

- 346 LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA | Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica

Quaderni SIDIBlog 3 (2016)

Quaderni SIDIBlog 3 (2016)

DIBATTITI

1

Il caso *Brexit*

| | |
|--------------------|--|
| GIULIA ROSSOLILLO | Patti chiari, amicizia lunga: l'accordo sullo <i>status</i> del Regno Unito nell'Unione europea |
| EMANUELA PISTOIA | <i>I) Brexit: Should they stay...</i> |
| PIERLUIGI SIMONE | <i>II) Brexit: Should they go...</i> |
| GIUSEPPE MARTINICO | La trasfigurazione del sovrano. Il diritto dell'Unione europea come fattore di evoluzione costituzionale nel Regno Unito |
| FRANCESCO MUNARI | You can't have your cake and eat it too: Why the UK has no right to revoke its prospected notification on <i>Brexit</i> |
| PIETRO MANZINI | <i>Brexit: Does notification mean forever?</i> |
| ALBERTO MIGLIO | Of Court, politics and EU law: The UK Supreme Court's failure to refer and its consequences |
| FEDERICO CASOLARI | Il labirinto delle linee rosse, ovvero: chi giudicherà la <i>Brexit</i> ? |

Patti chiari, amicizia lunga: l'accordo sullo *status* del Regno Unito nell'Unione europea

GIULIA ROSSOLILLO (*)

L'atteggiamento di rifiuto da parte del Regno Unito nei confronti di qualsiasi forma di unione politica tra gli Stati europei rappresenta una costante del processo di unificazione del Vecchio Continente. Fin dal suo ingresso nella Comunità economica europea, nel 1973, la Gran Bretagna ha infatti concepito l'integrazione europea come un processo volto alla creazione di un mercato unico e alla liberalizzazione degli scambi tra Stati membri, opponendosi tenacemente a ogni avanzamento istituzionale che minacciasse la sovranità del Regno Unito e del suo Parlamento. Tale visione, manifestatasi con particolare virulenza negli anni del governo di Margaret Thatcher, durante i quali il Regno Unito, invocando il principio del «giusto ritorno», ha ottenuto forme di compensazione del suo contributo al bilancio comunitario, non ha subito variazioni sostanziali in conseguenza dell'alternarsi al governo di laburisti e conservatori, e si è dunque consolidato come tratto caratterizzante della partecipazione britannica al processo di integrazione.

Negli ultimi anni a subire un mutamento sono state tuttavia le forme nelle quali detto atteggiamento si è manifestato. Mentre infatti tradizionalmente l'opposizione britannica a forme di integrazione di carattere politico si è tradotta nel tentativo di impedire, attraverso il proprio veto, che *tutti* gli Stati membri procedessero in questa direzione, a partire soprattutto dal manifestarsi della crisi economica e finanziaria le preoccupazioni del Regno Unito sembrano piuttosto orientarsi verso la tutela della propria posizione di Stato che beneficia del mercato unico, ma che non intende opporsi a passi verso l'unione politica da parte degli altri Stati membri dell'Unione europea. In questo

(*) Università di Pavia.

senso, particolarmente significativa è la [posizione](#) della House of Lords sul trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (il c.d. Fiscal Compact), nella quale si sottolinea l'interesse del Regno Unito a un consolidamento dell'eurozona, nonostante la sua posizione di Stato esterno alla stessa e non intenzionato in futuro ad entrare a farne parte.

Il mutato atteggiamento ora illustrato non è frutto del caso, ma sembra dettato dalla direzione imboccata dal processo di integrazione europea a partire dal Trattato di Maastricht. Nonostante forme di integrazione differenziata siano rintracciabili nel processo di integrazione fin dai primi anni del suo sviluppo, l'Unione economica e monetaria, e dunque la creazione di una moneta comune agli Stati che rientrassero in determinati parametri di carattere economico e giuridico, nonché la parallela manifestazione di volontà da parte di Regno Unito e Danimarca di non parteciparvi, hanno rappresentato in effetti il primo passo nella direzione di un'Europa a due velocità. Da un lato, infatti, la cessione della sovranità monetaria da parte di alcuni Stati membri ha implicato la creazione di un'istituzione – la Banca centrale europea – che gestisse la politica monetaria comune, in deroga dunque al principio di unità istituzionale, dal momento che degli organi della BCE fanno parte solo rappresentanti degli Stati membri dell'eurozona; dall'altro, la creazione della moneta ha comportato il sorgere di legami sempre più stretti tra gli Stati della zona euro e di esigenze comuni degli stessi, distinte da quelle degli Stati non partecipanti. La crisi economica e finanziaria degli ultimi anni, se da un lato ha accentuato tale fenomeno, dall'altro ha messo in luce la forte interdipendenza tra consolidamento della moneta unica e prosecuzione del processo di integrazione, cui si ricollega la sostanziale impossibilità per l'Unione europea di mantenersi in vita in caso di fallimento della moneta unica.

In effetti, il carattere incompleto dell'Unione economica e monetaria, dettato dal fatto che al trasferimento al livello europeo della competenza in materia di politica monetaria non ha corrisposto una parallela cessione della competenza in materia di politica economica e fiscale ha determinato l'impossibilità, per le istituzioni europee, di far fronte efficacemente alla crisi e ha posto in evidenza l'urgenza di compiere riforme sostanziali dei suoi meccanismi di funzionamento. Come sottolineato dalla Commissione nella [Comunicazione](#) del 28 novembre 2012 «Verso un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita» e dal [Rapporto](#) dei quattro presidenti del 5 dicembre 2012 «Verso un'autentica unione economica e monetaria» (al quale è succeduto il ben più prudente [Rapporto](#) dei cinque Presidenti del 2015), la prospettiva è quella della progressiva realizzazione di un'unione bancaria, economica, fiscale e politica tra gli Stati dell'eurozona.

Ora, se l'idea di un avanzamento verso un'unione politica è stata tradizionalmente avversata dal Regno Unito per timore di essere coin-

volto in forme di approfondimento del processo di integrazione contrarie alla sua volontà, non va d'altro lato dimenticato che la rinuncia a tale prospettiva, che porterebbe negli anni al dissolvimento dell'Unione monetaria, rischia di avere effetti dirimpenti anche sugli Stati membri – tra i quali lo stesso Regno Unito – che dell'eurozona non vogliono entrare a far parte. Il crollo della moneta unica comporterebbe infatti, con ogni probabilità, il venir meno di quel fondamento di fiducia e di solidarietà necessario per il mantenimento di un progetto di integrazione tra Stati, e dunque si tradurrebbe in un fallimento del progetto europeo nel suo complesso. Senza completamento dell'Unione economica e monetaria anche il mercato unico sarebbe in altre parole messo in pericolo.

È in questo quadro che va collocata la [lettera](#) del Primo Ministro britannico Cameron al Presidente del Consiglio europeo Tusk del 10 novembre 2015. La lettera costituisce il tentativo di Cameron di definire uno *status* particolare del Regno Unito nell'ambito dell'Unione europea per far fronte al rischio di un esito negativo del referendum sull'appartenenza all'Unione europea indetto per il mese di giugno: la garanzia di non essere coinvolti in alcuna forma di integrazione politica e di approfondimento del processo di integrazione potrebbe infatti convincere gli elettori britannici ad esprimersi per la permanenza nell'Unione, dal momento che questa non comporterebbe ulteriori limitazioni della loro sovranità. Nelle richieste di Cameron si riflette la preoccupazione, prima messa in luce, di salvaguardare il buon funzionamento del mercato unico, senza impedire che gli Stati membri dell'eurozona procedano verso forme di unione economica e fiscale. Si tratta di una preoccupazione che emerge in particolare nelle proposte di riforma indicate sotto il titolo di «Economic Governance», laddove si afferma che esistono due tipologie di Stati membri dell'Unione europea, gli Stati membri dell'eurozona e gli Stati membri esterni ad essa, e che è interesse dei secondi che l'eurozona funzioni bene. Per questo motivo, il Regno Unito non pretende nuovi *opt-out*, né di esercitare un veto sulle scelte effettuate dagli Stati legati dalla moneta unica, bensì chiede che vengano riconosciuti determinati principi che assicurano la convivenza tra eurozona ed Europa a 28. Tra questi ultimi possono essere citati il riconoscimento della circostanza che l'euro non è l'unica moneta dell'Unione; la protezione dell'integrità del mercato unico; il principio per cui i contribuenti degli Stati non appartenenti all'eurozona non debbano sopportare i costi di operazioni di supporto di questa; l'esigenza che la stabilità finanziaria e la supervisione negli Stati non euro rimangano di competenza delle autorità nazionali.

Strettamente legate alle richieste di riforma ora citate sono quelle contenute nel paragrafo dedicato alla sovranità. Il riconoscimento dell'esistenza di due gruppi di Stati all'interno dell'Unione e della necessità che le misure adottate dagli Stati della zona euro non interferi-

scano con il mercato unico e con le scelte degli Stati esterni alla moneta dovrebbe comportare infatti, secondo Cameron, da un lato che venga stabilito attraverso atti vincolanti che il Regno Unito non è obbligato a contribuire a creare un'unione sempre più stretta tra gli Stati dell'Unione; dall'altro un rafforzamento del principio di sussidiarietà attraverso un controllo più stringente da parte dei parlamenti nazionali.

In relazione alla competitività, infine, la lettera si limita a richieste piuttosto generiche, mentre per quanto concerne l'immigrazione, oltre a misure che contribuiscano ad evitare abusi della libertà di circolazione, le richieste si concentrano sulla possibilità di limitare la concessione di alcune prestazioni sociali ai lavoratori migranti e ai loro figli. Le [conclusioni](#) del Consiglio europeo del 19 febbraio 2016 costituiscono la risposta alle preoccupazioni britanniche e, riprendendo molte delle richieste avanzate nella lettera di Cameron, definiscono gli strumenti attraverso i quali, nel caso di esito positivo del referendum di giugno, configurare un nuovo *status* del Regno Unito all'interno dell'Unione. Si tratta di un atto piuttosto articolato: le conclusioni contemplano infatti una lunga serie di allegati, le cui disposizioni prenderanno effetto dal momento in cui il Governo del Regno Unito informerà il Consiglio di aver deciso di continuare ad essere uno Stato membro dell'Unione. In particolare, alla decisione dei Capi di Stato e di Governo riuniti in sede di Consiglio europeo, relativa a una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, seguono una Dichiarazione degli stessi contenente un progetto di decisione del Consiglio su alcune disposizioni relative all'Unione bancaria e alle conseguenze di un'ulteriore integrazione della zona euro, una Dichiarazione del Consiglio europeo sulla competitività, e quattro Dichiarazioni della Commissione (su un meccanismo di attuazione della sussidiarietà e della riduzione degli oneri, sull'indicizzazione delle prestazioni per i figli a carico esportate verso altri Stati membri, su un meccanismo di salvaguardia in caso di afflusso eccezionale di lavoratori provenienti da altri Stati membri, e su questioni connesse all'abuso del diritto di libera circolazione). Mentre la decisione dei Capi di Stato e di Governo riuniti in sede di Consiglio traccia il quadro generale dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea in tutte le sue articolazioni, le singole dichiarazioni si concentrano sulle misure specifiche da adottare nei vari ambiti citati nella decisione.

Ciò che qui preme mettere in luce non sono tanto i singoli aspetti tecnico-giuridici dell'accordo raggiunto con il Regno Unito (sui quali si rinvia a [Peers](#)), né le procedure che dovranno essere messe in atto una volta accertata la volontà di detto Stato di mantenere il proprio *status* di Stato membro dell'Unione: sembra pacifico, infatti, che si tratti di un accordo in forma semplificata tra gli Stati membri dell'Unione europea e che, proprio perché si tratta di un compromesso che avrà un'influenza determinante sulla scelta dei cittadini britannici

di rimanere o meno nell'Unione, in caso di esito positivo del referendum nel Regno Unito costituirà la base da cui prendere avvio per la revisione dei trattati. È piuttosto invece sul significato complessivo dello stesso e sulle prospettive che esso apre per lo sviluppo del processo di integrazione che si concentrerà l'attenzione.

Ora, il fatto che molte delle richieste avanzate dal Primo Ministro britannico siano state accolte dai Capi di Stato e di Governo degli Stati membri non deve meravigliare: il principio secondo il quale il Regno Unito non ostacolerà l'avanzamento dell'integrazione all'interno dell'eurozona a patto che sia salvaguardato il mercato comune, e dunque la sanzione formale dell'esistenza di due velocità all'interno dell'Unione, se da un lato garantisce al Regno Unito la salvaguardia della propria sovranità, dall'altro consente agli Stati dell'eurozona e agli Stati intenzionati ad entrare a farvi parte di dar vita a forme di integrazione politica senza essere ostacolati dal veto degli Stati esterni alla stessa. Il superamento dell'ambiguità che caratterizza allo stato attuale i rapporti tra Regno Unito e Unione europea rappresenta dunque un vantaggio per tutti.

Filo conduttore dell'accordo è in effetti il principio, ribadito più volte e con declinazioni differenti, secondo il quale «gli Stati membri che non partecipano all'ulteriore approfondimento dell'Unione economica e monetaria non ostacoleranno, bensì agevoleranno, tale ulteriore approfondimento, mentre detto processo, viceversa, rispetterà i diritti e le competenze degli Stati membri non partecipanti». Così, quanto alla *governance* economica, si sottolinea che «gli Stati membri la cui moneta non è l'euro non ostacolano l'attuazione di atti giuridici direttamente collegati al funzionamento della zona euro e si astengono da misure che rischiano di mettere in pericolo la realizzazione dell'Unione economica e monetaria». Similmente, in relazione all'unione bancaria, si legge che la normativa sull'unione bancaria che conferisce funzioni di vigilanza alla Banca centrale europea, al Comitato di risoluzione unico e agli organi dell'Unione che esercitano funzioni simili è applicabile unicamente agli enti creditizi situati in Stati membri dell'eurozona o in Stati membri che hanno concluso con la BCE un accordo di cooperazione stretta in materia di vigilanza prudenziale; e che le misure di emergenza destinate a salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro non comporteranno responsabilità di bilancio per gli Stati membri esterni ad essa o per quelli che non partecipano all'unione bancaria. Il medesimo principio è ribadito poi nella sezione dedicata alla sovranità, laddove si riconosce che il Regno Unito non è vincolato a prendere parte a un'ulteriore integrazione politica nell'Unione europea e si sottolinea che i riferimenti a un'unione sempre più stretta fra i popoli europei non si applicano al Regno Unito.

Va peraltro notato che numerose disposizioni contenute nelle Conclusioni e negli atti allegati si limitano a ribadire obblighi o prin-

cipi già presenti nei Trattati istitutivi o in atti di diritto derivato, o sanciti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, a testimonianza del valore in gran parte politico e “pedagogico” dell’accordo, volto da un lato a assicurare gli elettori britannici, dall’altro a definire con chiarezza per il futuro i rispettivi margini di azione dell’eurozona da un lato e dei Paesi esterni ad essa dall’altro.

Quanto alle “concessioni” alla Gran Bretagna, esse riguardano essenzialmente il rafforzamento del controllo del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali, l’introduzione di un meccanismo simile al compromesso di Lussemburgo riguardo a deliberazioni relative all’unione bancaria che debbano essere adottate da tutti gli Stati membri, e alcune limitazioni relative a prestazioni sociali nei confronti di cittadini di altri Stati membri, in particolare la previsione di una sorta di freno di emergenza nel caso di afflusso di lavoratori provenienti da altri Stati membri di portata eccezionale per un periodo di tempo prolungato.

Per quanto concerne il rafforzamento del principio di sussidiarietà, esso consiste nella previsione secondo la quale se i pareri dei parlamenti nazionali sul mancato rispetto di tale principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo inviati entro 12 settimane dalla trasmissione dello stesso rappresentano più del 55% dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali, la questione verrà posta all’ordine del giorno del Consiglio, che dovrà svolgere una discussione esauriente su tali pareri e interrompere l’esame del progetto in questione, a meno che questo non venga modificato per rispondere alle preoccupazioni dei parlamenti nazionali. Si tratta di una proposta di modifica del Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, volta da un lato ad allungare (da otto a dodici settimane) il termine entro il quale i parlamenti nazionali potranno pronunciarsi, dall’altro ad inasprire le conseguenze del mancato rispetto del principio di sussidiarietà. Va tuttavia messo in luce che per un verso la maggioranza di voti dei parlamenti richiesta è elevata, e dunque non facile da raggiungere; per altro verso la maggioranza ad oggi richiesta è stata raggiunta in rarissime occasioni (v. [Ponzano](#)) ed è dunque probabile che, anche con le modifiche proposte, il nuovo meccanismo non costituisca un’arma nelle mani dei legislatori nazionali per bloccare l’attività legislativa dell’Unione.

Per quanto riguarda invece l’unione bancaria, l’allegato II alle Conclusioni del Consiglio europeo contiene un progetto di decisione del Consiglio volto ad introdurre in materia di *governance* economica un meccanismo a prima vista simile per alcuni aspetti al Compromesso di Lussemburgo (1966). Nel progetto di decisione si legge, infatti, che, qualora debba essere adottato a maggioranza qualificata un atto da parte di tutti i membri del Consiglio e almeno uno di essi che non partecipa all’unione bancaria si opponga a tale adozione e motivi la sua opposizione, il Consiglio deve discutere la questione e adottare le

iniziative necessarie a raggiungere una più ampia base di accordo in seno al Consiglio. Tali iniziative possono consistere anche in una richiesta di discussione della questione nell'ambito del Consiglio europeo, che poi rimetterà la questione al Consiglio per la sua decisione. Ora, se per alcuni aspetti la possibilità per uno Stato di far sì che la discussione proceda per ottenere una base più ampia di consenso tra gli Stati ricorda il sopra citato compromesso di Lussemburgo – che ha di fatto consentito fino all'Atto Unico ad ogni Stato membro di esercitare un diritto di veto in seno al Consiglio – non deve trascurarsi che il progetto di decisione si preoccupa di neutralizzare gli effetti deleteri che un simile meccanismo potrebbe produrre. La decisione di investire della questione il Consiglio europeo – si specifica infatti nel progetto di decisione – dovrà tener conto dell'eventuale urgenza della questione e in ogni caso non pregiudica il normale funzionamento della procedura legislativa dell'Unione, né può dar luogo a una situazione che consenta a uno Stato membro di porre un veto. Va poi sottolineato che il Progetto di decisione riguarda gli atti che debbano essere adottati da tutti e 28 gli Stati membri: esso non incide dunque sulle disposizioni la cui adozione è subordinata al voto favorevole dei soli Stati membri della zona euro.

Infine, quanto alle misure relative alle prestazioni di sicurezza sociale per i lavoratori migranti, da un lato la decisione dei Capi di Stato e di Governo riuniti in sede di Consiglio si preoccupa di dettare dei principi interpretativi delle norme vigenti in detta materia, dall'altro sottolinea che la Commissione, una volta che la decisione in questione prenderà effetto (e dunque nel momento in cui il Regno Unito comunicherà la sua volontà di rimanere nell'Unione) presenterà proposte volte alla modifica di alcune disposizioni del [regolamento](#) (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e del [regolamento](#) (UE) n. 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

Quanto alle indicazioni di carattere interpretativo, le più rilevanti riguardano l'affermazione della possibilità per gli Stati membri di condizionare alcune prestazioni all'esistenza di un collegamento effettivo e reale tra la persona interessata e il mercato del lavoro dello Stato ospitante, e di negare la concessione di prestazioni di sicurezza sociale a persone che esercitino la libertà di circolazione con l'unico fine di ottenere il beneficio dell'aiuto sociale di uno Stato membro (con particolare riguardo alle prestazioni la cui funzione predominante è quella di garantire i mezzi minimi di sussistenza), pur non disponendo delle risorse sufficienti per poter rivendicare il beneficio del diritto di soggiorno. In relazione a quest'ultimo profilo, nella decisione si prevede che la Commissione sottoporrà una proposta di modifica del regolamento 492/2011, volta a istituire un meccanismo di allerta e di salvaguardia nell'ipotesi in cui uno Stato membro sia sottoposto a un afflusso di lavoratori provenienti da altri Stati membri di portata ecce-

zionale e per un periodo di tempo prolungato. Lo Stato in questione dovrebbe notificare alla Commissione e al Consiglio l'esistenza di una simile situazione e comunicare il fatto che essa lede aspetti essenziali del suo regime di prestazioni sociali, o determina conseguenze gravi sul suo mercato del lavoro, o mette sotto eccessiva pressione il corretto funzionamento dei servizi pubblici. Su proposta della Commissione, il Consiglio potrebbe allora autorizzare lo Stato membro a limitare nella misura necessaria l'accesso alle prestazioni sociali a carattere non contributivo collegate all'esercizio di un'attività lavorativa, nei confronti dei lavoratori nuovi arrivati, per un periodo massimo di quattro anni dall'inizio del rapporto di lavoro. L'autorizzazione avrebbe comunque durata limitata, applicandosi ai lavoratori nuovi arrivati per un periodo di sette anni. In relazione al Regno Unito, la previsione di tale misura, come emerge anche dal cenno contenuto nelle disposizioni interpretative della decisione in questione, sembra motivata dall'esistenza in tale Stato di una legislazione relativa al reddito minimo particolarmente favorevole, la cui applicazione illimitata a tutti i lavoratori migranti, in caso di afflusso eccezionale, potrebbe gravare in modo eccessivo sul sistema di sicurezza sociale di tale Stato. In ogni caso, si tratterebbe di un meccanismo di carattere eccezionale, di durata limitata e che non toccherebbe le prestazioni contributive.

Quanto alla di proposta modifica del regolamento 883/2004, essa riguarda la possibilità per gli Stati membri, nel caso di esportazione delle prestazioni per i figli a carico verso uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore soggiorna, di indicizzare tali prestazioni alle condizioni dello Stato membro nel quale i figli risiedono. Anche in relazione alle misure di sicurezza sociale nei confronti dei lavoratori migranti, dunque, non sembra che l'accordo incida in modo particolarmente severo sulle disposizioni attualmente vigenti, dal momento che queste ultime prevedono già la possibilità di apporre limiti all'accesso alle prestazioni sociali di carattere non contributivo e che la stessa Corte di giustizia ha adottato un approccio restrittivo in materia in alcune recenti sentenze (sentenza 11 novembre 2014, C-333/13, [Dano](#), EU:C:2014:2358; sentenza 15 settembre 2015, C-67/14, [Ali-manovic](#), EU:C:2015:210).

Come sottolineato dal Presidente della BCE Draghi in un [discorso](#) tenuto al "Süddeutsche Zeitung Finance Day" il 16 marzo 2015, una riforma strutturale e profonda dell'eurozona non è oggi una scelta politica, bensì una necessità. L'Unione monetaria ha infatti inevitabilmente portato alla creazione di legami sempre più stretti tra gli Stati membri della zona euro, ma non a una convergenza economica tra questi. In una situazione nella quale la competenza in materia fiscale è rimasta nelle mani degli Stati membri, tale divergenza non può essere compensata con trasferimenti di risorse fiscali da un Paese all'altro, con la conseguenza che i cittadini dei Paesi in difficoltà ini-

ziano a chiedersi se non sia più conveniente tornare alle monete nazionali e alla conseguente gestione da parte dei singoli Stati degli strumenti di politica monetaria.

Da questa situazione – sottolinea Draghi – è possibile uscire solo se a un sistema fondato su *regole* – che per essere credibili devono essere rigide, e non si possono adattare ai mutamenti del contesto economico e politico – si decida di sostituirne uno fondato su *istituzioni*, in grado di prendere decisioni politiche nel caso concreto. L'accordo sancito dal Vertice del 19 febbraio apre la strada al compimento di questo passo, come emerge anche dalle proposte contenute nel [documento](#) del Governo italiano immediatamente successivo all'accordo stesso. Se il Regno Unito, infatti, deciderà di rimanere nell'Unione europea, cadrà l'ostacolo alle riforme strutturali dell'eurozona costituito dal veto di tale Paese. Spetterà dunque agli Stati che condividono la moneta unica decidere se continuare a vincolarsi a regole sempre più stringenti (v. la [dichiarazione](#) comune dei Ministri delle Finanze tedesco e francese «Europa braucht ein gemeinsames Finanzministerium») o creare istituzioni democratiche che gestiscano la politica economica e fiscale dell'eurozona e consentano di completare l'Unione economica e monetaria.

29 febbraio 2016

I) *Brexit: Should they stay...*

EMANUELA PISTOIA (*)

1. La vittoria dei “vote remain”, il 23 giugno prossimo, – per la precisione, la comunicazione di tale esito del referendum popolare sulla permanenza del Regno Unito nell’Unione al Segretariato generale del Consiglio UE, da parte del Governo britannico – determinerà l’applicazione di un *new settlement for the United Kingdom within the European Union*, secondo quanto stabilito dal Consiglio europeo nella riunione del 18-19 febbraio scorsi. Pertanto, volendo commentare tale *new settlement*, prioritario è puntualizzare la natura degli atti che lo prefigurano e disciplinano.

Si tratta di un pacchetto di sette atti a numerazione successiva di soggetti in parte diversi, tutti allegati ad un atto ulteriore, del Consiglio europeo, relativo solo nella prima parte al tema «The United Kingdom and the European Union» e denominato «Conclusions of the European Council» come da prassi pluriennale di quest’istituzione (le Conclusioni del Consiglio europeo e i suoi sette allegati sono [qui](#)). Il primo degli atti del pacchetto, recante «Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union» (d’ora innanzi *Decision*), ne è anche il principale. Gli altri costituiscono infatti il suo completamento in senso sia politico sia giuridico poiché contengono l’impegno delle singole istituzioni dell’Unione, ciascuna per le proprie competenze, a dare attuazione a specifiche parti della *Decision*.

Ebbene, una serie di elementi inducono a considerare la *Decision* un accordo in forma semplificata *tra gli Stati membri*, che il Consiglio europeo decide di considerare quale soluzione *dell’Unione* alle preoccupazioni e alle richieste espresse dal Primo ministro britannico nella [lettera](#) indirizzata al Presidente Donald Tusk il 10 Novembre 2015 (sul punto v. [Rossolillo](#)). Gli altri atti, relativi ad attività prefigurate nella *Decision* ma non riconducibili ai governi nazionali, rispondono al principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*. Il primo degli elementi determinanti per la soluzione suddetta è la distinzione, che dagli atti in questione emerge in modo molto chiaro, tra il *set of*

(*) Università di Teramo.

arrangements costituito dai sette allegati sopra ricordati, da un lato, e la deliberazione assunta in relazione ad essi dal Consiglio europeo, dall'altro lato. Rileva particolarmente la distinzione tra quest'ultima e la *Decision of the Heads of State or Government*: dal par. 3 delle Conclusioni si evince che la *Decision* è oggetto di esame e di deliberazione del Consiglio europeo, non un atto di quest'istituzione. D'altro canto, la sua esplicita attribuzione non al Consiglio europeo ma, per l'appunto, ai Capi di Stato o di Governo, impedisce la semplificazione di ricondurla direttamente al primo: secondo l'art. 15, par. 2, TFUE la composizione del Consiglio europeo ne comprende anche il Presidente e il Presidente della Commissione. Infine, la distinzione in commento è rimarcata dal fatto che uno degli atti che completano la *Decision* poiché relativi ad attività di soggetti diversi dai suoi autori, l'Allegato III, sia una Dichiarazione *del Consiglio europeo*: di essa non si avrebbe necessità se a questo fosse attribuibile la *Decision* medesima.

Né appare discutibile la natura di accordo riconosciuta alla *Decision*, in luogo di quella di mero *gentleman's agreement*: nel par. 3 delle Conclusioni, il Consiglio europeo precisa come, secondo i Capi di Stato o di Governo che l'hanno sottoscritta, essa sia «legally binding».

Giova ricordare che la ricostruzione proposta corrisponde alla posizione del Servizio giuridico del Consiglio europeo sul punto.

2. Vanno ora precisati l'oggetto e le finalità dell'accordo in forma semplificata concluso tra gli Stati membri dell'Unione riguardo al «New Settlement for the United Kingdom within the European Union». Determinanti appaiono due elementi: la disposizione del preambolo della *Decision* secondo cui la stessa «will have to be taken into consideration as being an instrument of interpretation of the Treaties» e la dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo riportata nella Sezione I, par. 3, lett. i) delle Conclusioni del Consiglio europeo, che recita «the content of the Decision is fully compatible with the Treaties». Si aggiunga che, riguardo alle note modifiche relative alla clausola sulla «ever closer union» (che si discuteranno nel prosieguo), la *Decision* rinvia a una futura revisione dei Trattati, mentre le modifiche al diritto derivato sono rimandate all'adozione di atti idonei. Posto che profili specifici di incompatibilità tra la suddetta *Decision* e i Trattati non possono certo essere cancellati dalle disposizioni ricordate, queste valgono senz'altro a testimoniare la mancata volontà degli Stati contraenti di modificare i Trattati e, quanto agli effetti, rappresentano uno strumento di interpretazione della medesima *Decision* e degli altri atti del «pacchetto» nel senso di favorire soluzioni compatibili con il diritto vigente.

La ricostruzione proposta si colloca solidamente nel diritto internazionale: secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto

dei trattati del 1969, sono strumento di interpretazione dei trattati e degli accordi successivi tra Stati parti. In tal senso vi sono precedenti specifici nel quadro dell'Unione europea, peraltro con riferimento a situazioni somiglianti a quella attuale del Regno Unito. Infatti, la Corte di giustizia ha utilizzato la Decisione dei Capi di Stato o di Governo su «certain problems raised by Denmark on the Treaty on the European Union», avente natura di accordo in forma semplificata tra gli Stati membri dell'UE, precisamente ai fini interpretativi di una disposizione del Trattato CE: è quanto avvenuto nella [sentenza Rottmann](#) del 2010 (causa C-135/08, EU:C:2010:104), al punto 40 (lo evidenzia [Darwin](#)). Si noti come questa soluzione non desti problemi alla luce del fatto che il TUE prescrive rigide procedure per la modifica dei Trattati istitutivi: questa sembra dunque essere la ragione alla base della tecnica normativa adottata. Problemi potrebbero però derivare dall'invalidità della *Decision ex art. 46* della Convenzione di Vienna, dal momento che la sua stipulazione con la forma semplificata potrebbe non essere conforme a norme di diritto interno di qualche Stato membro sulla competenza a stipulare, aventi importanza fondamentale (così Gianelli nelle conclusioni del [seminario](#) "A un mese dal referendum sul Brexit: riflessioni sugli aspetti giuridici di un evento senza precedenti", Università Tor Vergata, 23 maggio 2016).

Sul piano concreto, l'orientamento assunto dalla Corte in *Rottmann* si rivela molto utile riguardo alle parti della *Decision* inerenti precisamente al significato e alla portata di norme dei Trattati, non ultimo perché l'accordo in gioco in quella sentenza è molto vicino, nell'*occasione legis* e nelle modalità di stipulazione, a quello ora in commento.

Il precedente *Rottmann* sembra invece meno utile al fine di utilizzare la *Decision* per l'interpretazione del diritto derivato, dal momento che all'adozione di quest'ultimo partecipano anche istituzioni dell'Unione con composizione diversa dai governi degli Stati membri, segnatamente il Parlamento europeo e la Commissione. Il punto merita attenzione poiché la *Decision* in vari casi reitera *dicta* della Corte di giustizia che costituiscono interpretazione del diritto derivato e per la cui elaborazione il diritto primario non ha avuto rilievo. In questi casi, un accordo tra gli Stati membri può essere *uno* degli strumenti di interpretazione; difficilmente, peraltro, quello decisivo.

Riguardo, infine, agli aspetti la cui attuazione richiede un'attività degli Stati membri, con la *Decision* questi hanno assunto precisi obblighi ad operare nel senso e per le finalità previste. Così, ad esempio, essi si sono impegnati ad adoperarsi al fine di emendare il TUE nel senso di escludere il Regno Unito dalla clausola sulla "ever closer union among the peoples of Europe" (cfr. *Section C*, par. 1): beninteso, limitatamente al ruolo riconosciuto ai governi statali dall'art. 48 TUE. Un altro esempio riguarda l'adozione di atti di diritto derivato: nella *Decision*, gli Stati membri si sono impegnati ad adope-

rarsi al riguardo, naturalmente nei limiti del ruolo loro assegnato dal TFUE nelle procedure applicabili (cfr. *Section D*, par. 2, *in fine*).

L'*endorsement* del Consiglio europeo si fonda sull'art. 15, par. 1, TUE, poiché vale a fare dei contenuti della *Decision* l'orientamento dell'Unione in merito ai problemi pertinenti alla partecipazione del Regno Unito all'Unione europea.

Da ultimo e per completezza, giova ricordare che la tecnica "legislativa" fin qui commentata è desunta da quella già adottata in passato per superare alcune importanti *impasse* politico-giuridiche del processo di integrazione europea. La combinazione di una *decision* dei Capi di Stato o di Governo di tutti gli Stati membri, avente chiaramente natura di accordo in forma semplificata, e del suo *endorsement* da parte del Consiglio europeo è infatti stata la via seguita anche in esito ai fallimenti dei *referendum* popolari aventi ad oggetto la ratifica del Trattato di Maastricht in Danimarca (vedi [qui](#) le Conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo, dell'11-12 dicembre 1992, in particolare la Parte B) e quella del Trattato di Lisbona in Irlanda (vedi [qui](#) le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles, del 18-19 giugno 2009).

3. Nonostante la *Decision* abbia ad oggetto un «*settlement for the UK within the European Union*», la grande maggioranza delle sue disposizioni sono destinate ad essere applicate alla generalità degli Stati membri. Le eccezioni sono solo due: una è la *governance* economica (*Section A* della *Decision*); l'altra, la già citata clausola preambolare del TUE per cui lo stesso costituisce una tappa nella costruzione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa (*Section C*, par. 1, della *Decision*). La differenziazione tra gli Stati operata nei due ambiti suddetti non è omogenea in quanto nel primo caso si afferma l'esistenza di due gruppi di Stati, individuati a seconda che adottino o meno l'euro, mentre nel secondo il Regno Unito verrebbe a trovarsi in una posizione diversa da tutti gli altri membri.

L'integrazione differenziata rispetto all'unione economica e monetaria, tale per cui gli Stati che adottano come moneta l'euro hanno raggiunto uno stadio considerevolmente più avanzato di integrazione in senso verticale e sono destinatari, attuali e potenziali, di norme non applicabili agli altri, è una realtà del processo di integrazione europea fin dal Trattato di Maastricht. Nel quadro del Titolo VIII TFUE, dedicato alla politica economica e monetaria, però, tale integrazione differenziata sfuma alquanto, poiché le disposizioni che si applicano esclusivamente agli Stati partecipanti all'euro sono limitate, ed altrettanto lo sono quelle specifiche per gli Stati «riguardo ai quali il Consiglio non ha deciso che soddisfano le condizioni necessarie per l'adozione dell'euro» (c.d. "Stati membri con deroga"). Riguardo alle molto più numerose misure ad applicazione generalizzata, l'integrazione differenziata interessa talvolta il solo Regno Unito, per

effetto delle eccezioni stabilite nel Protocollo n. 15; talvolta i soli Stati membri con deroga (ai quali, se ben si comprende il par. 1 del Protocollo 16, è equiparata la Danimarca), sulla base dell'art. 139, par. 2, TFUE; talvolta, infine, sia il primo che i secondi. Quanto alle disposizioni che consentono l'adozione di atti di diritto derivato, le più numerose riguardano atti indirizzati a tutti gli Stati membri, essendo molte basi giuridiche previste al di fuori del Capo 4 (artt. 136-138), recante «Disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro». Talvolta – come è il caso dell'art. 121, par. 6, che tra gli altri, costituisce la base giuridica del regolamento (UE) n. 1175/2011 relativo alla procedura di Semestre europeo – le disposizioni in questione si applicano addirittura anche al Regno Unito. Del resto, anche il c.d. *Fiscal Compact* del 2012 – Trattato adottato al di fuori del quadro giuridico dell'UE a causa dell'opposizione di alcuni membri, che costituisce un elemento essenziale dell'integrazione in ambito economico – vede tra le sue parti contraenti numerosi Stati non partecipanti all'euro.

Invece, la *governance* economica concordata nel *Settlement* è nettamente ispirata alla distinzione fra l'eurozona e la non-eurozona. Tale distinzione si realizza con alcuni strumenti di carattere istituzionale o procedurale e alcune regole materiali. Meritevoli di commento appaiono particolarmente i primi, dal momento che le seconde sembrano costituire una riaffermazione di regole già esistenti o comunque di orientamenti già affermatasi. A quest'ultimo riguardo è significativa la disposizione per cui

«Emergency and crisis measures designed to safeguard the financial stability of the euro area will not entail budgetary responsibility for Member States whose currency is not the euro, or, as the case may be, for those not participating in the banking union» (*Section A*, par. 3).

Infatti, nel TFUE, la disposizione che consente l'adozione di misure siffatte è l'art. 136, par. 2, la quale corrisponde precisamente alla stessa idea. Per giunta, com'è noto, l'art. 136, par. 2, è stato inserito nel TFUE con procedura di modifica semplificata proprio al fine di predisporre uno strumento finanziario atto a tutelare la stabilità *della zona euro*, non semplicemente di uno Stato membro in presenza di particolari condizioni. Gli Stati e le istituzioni dell'Unione hanno infatti ritenuto che l'unica disposizione, già presente nel TFUE, sulla possibilità di assistenza finanziaria in caso di crisi – l'art. 122, par. 2 – fosse utilizzabile solo per sostenere la stabilità di uno Stato specifico (peraltro, anche eventualmente non partecipante all'euro), non dell'Eurozona nel suo complesso. Di qui la necessità, sulla quale ha concordato la Corte di giustizia con la [sentenza Pringle](#) (causa C-370/12, EU:C:2012:756; cfr. soprattutto il punto 65), di dotare l'Unione di una diversa base giuridica (l'attuale art. 136, par. 2) per la

seconda evenienza, che si è quindi affrontata con la stipulazione del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES). In aderenza all'orientamento (ri)affermato nella *Decision*, la nuova base giuridica è stata collocata nel TFUE tra le «Disposizioni specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro». Diversamente, l'assistenza finanziaria accordabile *ex art.* 122, par. 2, proviene da tutta l'Unione.

Gli strumenti istituzionali o procedurali preposti alla più netta distinzione fra eurozona e non-eurozona sono tre. I primi due (in parte sovrapposti) stabiliscono che alcuni atti di diritto derivato dovranno riguardare i soli Stati membri partecipanti all'euro: si tratta rispettivamente delle «measures, the purpose of which is to further deepen economic and monetary union» (parte iniziale della *Section A*) e dello «Union law on the banking union conferring upon the European Central Bank, the Single Resolution Board or Union bodies exercising similar functions, authority over credit institutions» (*Section A*, par. 2). Tale distinzione tra Stati-euro e Stati-non euro deve però essere flessibile. Infatti, riguardo alle «measures, the purpose of which is to further deepen Economic and Monetary Union» (che in verità sembrano comprendere in termini generali anche quelle sull'unione bancaria), se la regola dovrà diventare che esse si applichino ai soli Stati partecipanti all'euro, gli altri potranno decidere di accettarne taluna con modalità *à-la-carte* (ciascuno individualmente, s'intende) e, comunque, le misure in questione dovranno essere sempre aperte alla partecipazione degli Stati non-euro. Dovendo individuare gli strumenti atti ad attuare questo profilo della *Decision* nei Trattati vigenti, si deve osservare che la scelta di una base giuridica nel Capo 4 piuttosto che altrove, nel Titolo VIII, non è del tutto soddisfacente. Infatti, le disposizioni del Capo 4 riguardano i soli Stati la cui moneta è l'euro, cosicché non si prestano all'adozione di misure rivolte a uno o più Stati non-euro. Inoltre, se la flessibilità di cui si è detto dovesse essere intesa anche con riferimento a momenti successivi all'adozione di un atto, le basi giuridiche dell'art. 136 non sarebbero adeguate neppure se al momento dell'adozione nessuno Stato non-euro manifestasse la volontà di parteciparvi. Ne consegue che lo strumento con cui attuare la distinzione flessibile fra Eurozona e non, prefigurato nel *Settlement*, sembra essere la scelta di una base giuridica applicabile a tutti gli Stati membri in regime di cooperazione rafforzata.

Per quanto specificamente concerne l'unione bancaria, l'assetto delineato nella *Decision* costituisce una mera fotografia dell'approccio già in uso, il quale realizza la distinzione tra Stati-euro e Stati non-euro con uno strumento non previsto nei Trattati istitutivi: ci si può attendere che proprio questo continui ad essere utilizzato anche per atti normativi futuri. Così, da un lato gli atti pertinenti all'unione bancaria si fondano su basi giuridiche applicabili a tutti gli Stati membri incluso il Regno Unito: tale risulta pertanto essere il disegno dei Trattati istitutivi a questo riguardo. Dall'altro lato, il [regolamento](#) (UE) n.

1024/2013 – atto capostipite dell’unione bancaria in quanto attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi – all’art. 7 stabilisce che in relazione agli enti creditizi stabiliti in uno Stato non-euro esso si applica solo se la BCE «e l’autorità nazionale competente dello Stato membro in questione abbiano instaurato una cooperazione stretta» nel senso disciplinato nella medesima disposizione, cioè a dire se la BCE abbia adottato una decisione in tal senso, in presenza di certe condizioni oggettive e della volontà dello Stato interessato. Tale decisione potrà essere revocata se, secondo la BCE, lo Stato non soddisfi più le condizioni previste ovvero se tale Stato chieda di porre fine alla cooperazione stretta. Gli atti successivi (cfr. i regolamenti (UE) nn. 468/2014 e 806/2014) replicano il suddetto approccio facendo affidamento sulla distinzione fra “Stato membro partecipante” e “Stato membro non partecipante”: quest’ultimo è definito come Stato non-euro che ha instaurato una collaborazione stretta ai sensi dell’art. 7 del regolamento 1024/2013.

Ove non si trovi convincente alla luce dei Trattati vigenti l’approccio illustrato, va sottolineato che il *Settlement* non può certamente valere a sanarne i vizi: come si è detto, esso non vale a modificare i Trattati.

Infine, lo strumento procedurale atto a rafforzare la distinzione fra Stati-euro e Stati-non-euro attiene alla procedura decisionale nel Consiglio ed è previsto in una decisione del medesimo, allegata in bozza alle conclusioni del Consiglio europeo (*Annex II*), che sarà adottata in caso di esito negativo del referendum britannico. Anche in questo caso si è riprodotta una tecnica “legislativa” collaudata, cioè a dire quella seguita per introdurre un “ammorbidimento” nella procedura di voto della maggioranza qualificata disciplinata dai Trattati (il c.d. nuovo compromesso di Ioannina): infatti la dichiarazione n. 7, allegata ai Trattati istitutivi quali modificati dal Trattato di Lisbona, contiene una bozza di decisione del Consiglio relativa all’attuazione della procedura decisionale che, su impegno della conferenza intergovernativa, avrebbe dovuto essere adottata dallo stesso Consiglio «alla data della firma del trattato di Lisbona», per entrare in vigore «il giorno dell’entrata in vigore di detto trattato». Peraltro, la decisione prefigurata nell’*Annex II* contiene una variante della procedura già disciplinata nella dichiarazione n. 7 (ed effettivamente adottata quale [decisione](#) del Consiglio del 13 dicembre 2007, 2009/857/CE; sull’affinità del meccanismo regolato nell’*Annex II* con il compromesso di Lussemburgo v. [Rossolillo](#)). Essendo preordinata a rafforzare la distinzione fra Stati-euro e Stati non-euro, la variante si applica «to the legislative acts to which Section A of the Decision of the Heads of State or Government applies, the adoption of which is subject to the vote of all members of the Council», cioè a dire quando si usino basi giuridiche diverse dall’art. 136 TFUE, in relazione alle quali «[s]olo i membri

del Consiglio che rappresentano gli Stati membri la cui moneta è l'euro prendono parte al voto» (art. 136, par. 2). La variante ha in comune con la procedura-base la finalità di pervenire a decisioni condivise anche quando tecnicamente non necessario per l'adozione di una misura: essa si applica qualora il Consiglio voti a maggioranza qualificata, ma è attivabile (senza sfociare in un veto) anche da un solo Stato avente perplessità sui contenuti dell'atto in discussione. La possibile attivazione da parte di un solo Stato fa sì, però, che rispetto alla procedura-base la variante rappresenti un ammorbidimento della maggioranza qualificata molto più pronunciato, poiché la prima può iniziare se più Stati (sebbene in numero non sufficiente a raggiungere una minoranza di blocco) si oppongano all'adozione di una misura. Inoltre, diversamente dalla procedura-base, rispetto alla quale gli Stati sono tutti uguali, quelli che possono attivare la variante sono solo i partecipanti all'unione bancaria e per un'unica finalità: quella di far valere che l'atto in discussione non rispetterebbe i principi in tema di *governance* economica stabiliti nel *Settlement*, vale a dire quelli che regolano la distinzione tra eurozona e non-eurozona.

4. Il Regno Unito sarebbe, dopo la finalizzazione di un'apposita modifica dei Trattati, l'unico Stato membro non impegnato a far avanzare il processo di integrazione europea.

È questa una differenziazione squisitamente politica.

Infatti, sotto nessun profilo sembra possibile ravvisare una componente *giuridica* del *commitment* degli Stati membri dell'UE ad approfondire il processo di integrazione. Rispetto ai progressi realizzabili al livello del diritto primario, è ovvio che in nessun modo gli Stati possono dirsi obbligati a impegnarsi nella negoziazione e nella stipulazione di trattati di revisione, né tantomeno possono dirsi obbligati a ratificare quelli finalizzati a mezzo delle procedure previste. Rispetto ai progressi realizzabili a mezzo del diritto derivato, è altrettanto ovvio che gli Stati non sono obbligati a esprimere il proprio voto positivo nel Consiglio per favorire l'adozione degli atti rilevanti. C'è di più: lo strumento preposto alla realizzazione dell'integrazione differenziata al livello del diritto derivato, la cooperazione rafforzata, è stato pensato proprio per consentire agli Stati non pronti ad approfondire l'integrazione in alcuni settori specifici – riguardo ai quali nei Trattati sono già presenti le basi giuridiche per procedere in tal senso! – di farsi da parte. Del resto, la disposizione dei trattati che esprime la continuità del processo di integrazione europea attraverso i vari trattati di revisione è contenuta nel preambolo, il quale non si presta a contenere disposizioni ad effetti vincolanti per gli Stati contraenti.

In termini più generali, la mancata natura giuridica del *commitment* degli Stati al processo di integrazione europea emerge con evidenza dall'art. 48, par. 1, TUE, secondo cui la revisione dei Trattati può essere intesa a ridurre le competenze attribuite all'Unione, e dalla

Dichiarazione n. 18, la quale chiarisce che quest'ultima può decidere di cessare di esercitare una propria competenza di natura concorrente.

Infine, contrariamente a quanto ventilato nella *Section C*, par. 1, della *Decision*, il riferimento dei Trattati al processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa finora non sembra aver mai costituito lo strumento giuridico per ampliare l'ambito di applicazione di norme del diritto derivato, né per abbracciare interpretazioni estensive delle competenze dell'Unione o dei poteri delle istituzioni, né infine per influenzare il *modus operandi* dei principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità.

Quanto sopra puntualizzato non può servire a minimizzare i contenuti della *Decision* sul punto, tanto più che, stando ai termini in cui è formulato l'*incipit* della *Section C*, par. 1 («It is recognised that the United Kingdom [...] is not committed to further political integration into the European Union»; corsivo aggiunto), con l'assenso degli altri 27 membri il Regno Unito si nega al *commitment* suddetto già al momento attuale, cosicché la futura revisione dei Trattati sul punto servirà solo a rappresentare una situazione esistente. Questa lettura non è in contraddizione con l'oggetto e gli effetti della *Decision* quali si sono individuati in precedenza, appunto a causa della natura politica degli impegni in discussione.

Concludendo, la gravità del mancato *commitment* politico del Regno Unito alla *ever closer union* sta nella diversità della situazione risultante rispetto ai tanti casi di integrazione differenziata ormai presenti nei Trattati istitutivi. Questi si caratterizzano infatti per non arrecare pregiudizio al disegno politico unitario dell'integrazione europea, il che emerge anche dal fatto che quasi sempre i Trattati stabiliscono modalità di riassorbimento delle posizioni differenziate *de quibus* (clausole di *opt-in*, apertura delle cooperazioni rafforzate, etc.). Il *Settlement* costituisce invece un *vulnus* al disegno politico unitario dell'integrazione europea.

5. L'altro aspetto, oltre a quello del *commitment* alla *ever closer union*, sotto il quale la *Decision* intende salvaguardare la sovranità degli Stati membri (qui senza differenziazioni di sorta), riguarda il rafforzamento del principio di sussidiarietà. La *Section C*, par. 3, stabilisce un meccanismo procedurale che si sovrappone alla procedura indicata nel Protocollo n. 2, apparentemente integrandola (v. in dettaglio [Granat](#)). Esso riguarda in generale gli atti legislativi dell'Unione e si aggiunge pertanto sia alla procedura c.d. di cartellino giallo prevista nell'art. 7, par. 2 del Protocollo n. 2 (del pari relativa a ogni atto legislativo), sia a quella disciplinata nell'art. 7, par. 3 (riservata agli atti da adottare con procedura legislativa ordinaria). Il meccanismo prevede che, quando i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà espressi dai Parlamenti nazionali riguardo ad una bozza di atto legislativo entro 12 settimane dalla sua trasmissione rappresentino

più del 55% dei voti attribuiti ai Parlamenti stessi, la Presidenza del Consiglio debba includere la relativa questione nell'ordine del giorno di quest'istituzione affinché abbia luogo una discussione ampia su tali pareri. All'esito della discussione, i rappresentanti degli Stati membri nel Consiglio dovranno interrompere l'esame della bozza di atto, a meno che questa non sia modificata per tenere conto dei pareri suddetti.

La formulazione letterale della *Section C*, par. 3, depone nel senso dell'assenza di discrezionalità dei membri del Consiglio circa la valutazione, ai fini del blocco della procedura di adozione dell'atto, della pertinenza delle obiezioni mosse dai Parlamenti nazionali. Si tratta di un'interpretazione problematica perché, se fosse fondata, il nuovo meccanismo introdurrebbe uno squilibrio difficilmente giustificabile tra Consiglio e Parlamento europeo (in particolar modo riguardo agli atti da adottare con procedura legislativa ordinaria) e attribuirebbe ai Parlamenti nazionali un ruolo apparentemente poco conciliabile con le prerogative delle istituzioni dell'Unione nell'adozione degli atti legislativi. D'altra parte, un'interpretazione diversa priverebbe di utilità la disposizione in commento la quale, riguardo agli atti da adottare con procedura legislativa ordinaria, si sovrapporrebbe quasi completamente al meccanismo già previsto nell'art. 7, par. 3, lett. *b*) del Protocollo n. 2.

6. La parte della *Decision* relativa all'aspetto forse più scottante del dibattito pubblico concernente la *Brexit* è la *Section D – Social Benefits and Free Movement*. I suoi contenuti sono troppo articolati per un'analisi accurata in questa sede, per cui si cercherà di puntualizzarne solo alcuni profili "costituzionali" di carattere generale (per un commento specifico v. [Peers](#)).

Sulla parte intitolata «Interpretation of current EU rules» si può osservare che le relative disposizioni talvolta sembrano in verità forzare i contenuti del diritto vigente. Ad esempio, in tema di restrizioni della libertà di circolazione giustificate per ragioni di tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza, l'art. 27, par. 2 della [direttiva](#) n. 2004/38/CE prescrive che l'individuo interessato debba costituire una minaccia attuale, mentre secondo il par. 1, lett. *c*) della *Section D* «the threat may not always need to be imminent». Ebbene, in conformità con l'oggetto e le finalità della *Decision*, di cui sopra si è detto, si dovranno privilegiare interpretazioni della stessa che si concilino con i Trattati e il diritto derivato applicabile. Tuttavia, ciò potrebbe rivelarsi impossibile. È ad esempio quanto sarebbe accaduto se la Corte avesse accolto il ricorso della Commissione proprio contro il Regno Unito nella causa C-308/14 (sull'eventualità che la Commissione rinunciasse a questo ricorso, v. [Peers](#)). Infatti, nella parte intitolata «Interpretation of current EU rules» la *Decision* stabilisce: «Member States may reject claims for social assistance by EU citizens from oth-

er Member States *who do not enjoy a right of residence*» (par. 1, lett. b)) (corsivi aggiunti). Secondo la Commissione, invece, per effetto del [regolamento](#) (CE) n. 883/2004 non doveva essere possibile accordare determinate prestazioni sociali ai cittadini di altri Stati membri subordinatamente alla condizione che questi risiedessero regolarmente nello Stato ospite a norma della direttiva 2004/38/CE, in particolare a seguito dell'esito positivo del controllo circa la regolarità del soggiorno. Con una [sentenza](#) del 14 giugno 2016 che forse contribuirà a indebolire le ragioni del "leave", *in extremis* la Corte ha disatteso la posizione della Commissione (*Commissione c. Regno Unito e Irlanda del Nord*, causa C-308/14, EU:C:2016:436), come peraltro aveva già fatto l'Avvocato generale nelle [conclusioni](#) presentate il 6 ottobre 2015. Ad ogni buon conto, in merito alle parti della *Decision* che ripropongono o addirittura cercano di modificare disposizioni di direttive o regolamenti ovvero loro interpretazioni da parte della Corte di giustizia, va rilevato che la stipulazione di un accordo internazionale tra Stati membri (qual è la *Decision*) su una materia già oggetto di diritto derivato dell'UE dovrebbe essere considerata una violazione, da parte degli Stati, dell'obbligo di leale collaborazione *ex art. 4, par. 3, TUE*. Quanto agli effetti, la Corte di giustizia potrebbe utilizzare il principio dell'*effet utile* delle norme dei Trattati istitutivi per considerare che la disposizione pattizia espressione della violazione suddetta non è applicabile. Anche l'*endorsement* del Consiglio europeo costituirebbe una violazione dei Trattati, in particolar modo dell'art. 13, par. 2, TUE, sull'obbligo delle istituzioni a collaborare lealmente tra di loro.

La parte più interessante della *Section D* è senz'altro quella intitolata «Changes to EU secondary legislation». Tali *changes* sarebbero due. La prima, relativa al [regolamento](#) (CE) n. 883/2004, consentirebbe agli Stati membri di indicizzare i *child benefits* pagati al lavoratore avente la cittadinanza di un altro Stato membro, i cui figli non risiedono con lui nello Stato ospite, alle condizioni dello Stato membro di residenza del figlio minore. La seconda, relativa al [regolamento](#) (UE) n. 492/2011, comporterebbe l'introduzione di un meccanismo in forza del quale uno Stato destinatario di un eccezionale flusso migratorio proveniente da altri Stati membri dell'UE potrebbe essere autorizzato, per un periodo massimo di 7 anni, a restringere l'accesso agli *in-work benefits* di carattere non contributivo ai "nuovi" lavoratori fino a 4 anni dall'inizio dell'impiego. Sotto un profilo istituzionale, si è osservato che le modifiche necessitano del voto positivo del Parlamento europeo, il quale non è impegnato a finalizzarle (mentre, grazie alle dichiarazioni rispettivamente contenute negli annessi V e VI, la Commissione si è impegnata a presentare proposte legislative, e gli Stati si sono obbligati a dare priorità all'esame di queste in seno al Consiglio e a fare quanto in loro potere per addivenire alla loro rapida adozione). Sul piano dei contenuti, va sottolineato che le modifiche del diritto derivato devono pur sempre rispettare il diritto primario. Il testo della

Decision sembra risentire positivamente di questo vincolo: le modifiche sono infatti prefigurate in modo da tenere conto del principio di proporzionalità delle deroghe e del divieto di discriminazione tra i cittadini europei. In particolare l'idea stessa di sottoporre l'applicazione della deroga sugli *in-work benefits* ad una procedura di autorizzazione del Consiglio, attivabile su proposta della Commissione, sembra ispirarsi alle disposizioni suddette. C'è tuttavia da chiedersi se gli sforzi compiuti siano sufficienti, dal momento che la Corte di giustizia, nel corso di una giurisprudenza pluriennale, ha costantemente respinto le restrizioni applicate dagli Stati membri alle libertà di circolazione al fine di compensare gli squilibri e le differenze normative tra di essi che favoriscono o addirittura stimolano l'esercizio di tali libertà. In altre parole, secondo l'orientamento sempre adottato dalla Corte, il *pull factor* rappresentato dal sistema di *in-work benefits* di uno Stato membro, che nella *Decision* si intende limitare (*Section D*, par. 2, lett. b)), sembrerebbe connaturato al funzionamento delle libertà di circolazione previste nei Trattati. Pertanto, è necessario chiedersi se, alla luce delle stesse disposizioni dei Trattati che stabiliscono le libertà suddette, la Corte non dovrebbe considerare illegittime le modifiche legislative in discussione, o perlomeno trovare soluzioni interpretative che le ridimensionino.

Ma la riflessione più amara ispirata dalle modifiche al diritto derivato prefigurate nella *Section D*, par. 2, riguarda il tradimento del metodo funzionalista su cui fin qui si è fondato il processo di integrazione europea. È infatti evidente che le pressioni certamente eccessive sul sistema di *welfare* di alcuni Stati provocate dalla "immigrazione interna" all'UE sono dovute a un'integrazione ancora imperfetta. Il lamentato *pull factor* costituito dai sistemi di *welfare* più avanzati o più generosi sarebbe invece ridimensionato se i sistemi di *welfare* nazionali non fossero così diversi tra loro e sarebbe addirittura neutralizzato se esistesse un sistema di *welfare* dell'Unione. Ebbene, il metodo funzionalista vorrebbe che la soluzione al problema in discussione fosse un avanzamento del processo di integrazione in una delle direzioni prospettate. Tante volte e in tanti settori diversi questo metodo è stato applicato con successo. Invece, in spregio del metodo funzionalista, il prezzo da pagare per evitare, con la *Brexit*, un arretramento dell'integrazione orizzontale costituisce un arretramento dell'integrazione verticale.

15 giugno 2016

II) Brexit: Should they go...

PIERLUIGI SIMONE (*)

Qualora all'esito del *referendum* sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea, previsto per il 23 giugno 2016 e indetto sulla base degli *European Union Referendum Act* del 17 dicembre [2015](#) (per la Gran Bretagna e l'Irlanda del Nord) e del 28 gennaio [2016](#) (per Gibilterra), la maggioranza degli elettori britannici dovesse pronunciarsi a favore dell'uscita dall'Unione, non avrebbero effetto le [misure](#) varate dal Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016 (v. al riguardo il [post](#) di Rossolillo). Prenderebbe invece avvio la procedura di recessodisciplinata (in modo alquanto lacunoso, in verità) dall'art. 50 TUE, norma introdotta dal Trattato di Lisbona e mai, fino a questo momento, concretamente utilizzata (cfr. [Łazowski](#), p. 116; [Piris](#), p. 112 ss.).

Stando al par. 1 dell'art. 50, «Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione». Tale decisione assume dunque carattere unilaterale e appartiene esclusivamente allo Stato membro interessato; non occorre che essa venga approvata dagli altri Stati membri dell'Unione né tantomeno essa richiede motivazioni o giustificazioni di sorta. Previa (eventuale) verifica in merito alla «conformità alle norme costituzionali» del Regno Unito (controllo che andrebbe compiuto esclusivamente dalle competenti autorità nazionali), il Governo britannico dovrebbe pertanto notificare la sua intenzione al Consiglio europeo, come prescritto dal par. 2 dell'art. 50.

Si aprirebbe così un negoziato bilaterale, fondato su orientamenti formulati dal Consiglio europeo (alla cui seduta, *ex art.* 50, par. 4, TUE, non parteciperebbe il Primo Ministro britannico) per pervenire, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione, alla stipula di un Accordo tra l'Unione europea e il Regno Unito volto a definire le modalità del recesso. Tale negoziato andrebbe condotto in conformità dell'art. 218, par. 3, TFUE: la Commissione dovrebbe

(*) Università di Roma Tor Vergata.

quindi presentare una raccomandazione al Consiglio, il quale emanerebbe poi una decisione che autorizzi l'avvio del negoziato stesso e designi il negoziatore o il capo della squadra di negoziato dell'Unione. L'Accordo di recesso verrebbe concluso, per l'Unione, dal Consiglio, con delibera adottata a maggioranza qualificata (senza la partecipazione del rappresentante britannico) previa approvazione del Parlamento europeo. A differenza di quanto si verifica per i trattati di adesione (art. 49 TUE), il voto unanime del Consiglio non è richiesto. Inoltre, a differenza di quanto stabilito in caso di revisione dall'art. 48 TUE, per l'Accordo di recesso neppure sono necessarie le ratifiche degli Stati membri dell'Unione, mentre questo adempimento è previsto, espressamente, dal par. 4, 2° comma, dell'art. 48, nella procedura di revisione ordinaria e dal successivo par. 6, 2° comma, per la decisione adottata dal Consiglio europeo nella prima procedura di revisione semplificata; implicitamente, dal par. 7, 3° comma, della medesima disposizione, laddove si permette ai parlamenti nazionali di opporsi alla decisione che il Consiglio europeo intendesse adottare nell'ambito della seconda procedura di revisione semplificata. Una simile omissione appare alquanto singolare se riferita all'art. 50 TUE, giacché, verosimilmente, a un qualsiasi Accordo di recesso non possono non accompagnarsi modifiche o correzioni dei Trattati istitutivi. Di per sé un Accordo di recesso, a tacer d'altro, non può non incidere, perlomeno, sull'art. 52 TUE, nel quale vengono elencati gli Stati membri dell'Unione; sull'art. 355 TFUE, relativo al campo di applicazione territoriale dei Trattati; e sulle varie norme del TUE, del TFUE e dei Protocolli allegati in cui si dà conto del numero dei componenti di istituzioni e organi. Non sembra dunque azzardato pensare che, in parallelo all'Accordo di recesso, ci si possa trovare costretti, all'atto pratico, a siglare un trattato di revisione con il quale farsi carico degli emendamenti da apportare alle fonti primarie ([Piris](#), p. 114).

L'art. 50 TUE contempla nel suo par. 3 tanto l'ipotesi in cui il negoziato di recesso si concluda positivamente, entro due anni dalla notifica della volontà di recedere ovvero entro due anni più il maggior tempo supplementare concesso in proroga dal Consiglio europeo (all'unanimità e d'intesa con lo Stato membro che voglia abbandonare l'Unione); quanto l'ipotesi in cui esso, entro il suddetto periodo, non riesca a completarsi. Nel primo caso, il Regno Unito uscirebbe dall'Unione, e i Trattati cesserebbero di essere a esso applicabili, a decorrere dal giorno dell'entrata in vigore dell'Accordo di recesso, sottoscritto e ratificato da entrambi i contraenti. Sarebbe anche possibile, se le Parti lo ritenessero opportuno, applicare in via provvisoria alcune clausole dell'Accordo prima della sua entrata in vigore, a far data dalla firma (art. 218, par. 5, TFUE). Se, al contrario, il biennio (e la sua eventuale estensione) prescritti dall'art. 50 trascorressero invano, il recesso opererebbe comunque, in automatico, e i Trattati da quel momento non sarebbero ugualmente più applicabili al Regno Unito. Nel

periodo intercorrente tra la notifica al Consiglio europeo della sua intenzione di recedere dall'Unione e l'entrata in vigore dell'Accordo di recesso (o fintantoché non si esaurisca il periodo utile per il negoziato), il Regno Unito resterebbe peraltro membro dell'Unione europea a pieno titolo. L'unica eccezione, prevista dall'art. 50, par. 4, TUE, consiste infatti nel mancato coinvolgimento dello Stato membro interessato in tutte le decisioni e deliberazioni che vadano assunte in relazione al recesso stesso. Come già accennato, il Primo Ministro britannico non potrebbe intervenire alle riunioni con le quali il Consiglio europeo sarebbe chiamato a definire gli orientamenti per il negoziato o a posticiparne la fine; i rappresentanti britannici (rispettivamente, ministri o equivalenti e diplomatici) non potrebbero partecipare né alle sedute del Consiglio convocate ai sensi dell'art. 218 TFUE e dell'art. 50, par. 2, TFUE, né alle riunioni del Comitato dei rappresentanti permanenti degli Stati membri (COREPER I e II) ad esse propedeutiche; i funzionari, gli agenti e, nel complesso, il personale impiegato nell'Unione con cittadinanza britannica non potrebbero essere preposti ad attività connesse all'*iter* di recesso. Tutti manterrebbero però intatto e inalterato il proprio ruolo in qualsiasi altra occasione. Va da sé che i cittadini britannici continuerebbero senza dubbio a vantare pienamente i diritti loro attribuiti dalla cittadinanza dell'Unione ([Piris](#), p. 114).

L'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (che, se sancita dal *referendum*, non potrebbe essere fermata e rispetto alla quale non ci si potrebbe opporre) avrebbe delle ripercussioni che nessuno, per il momento, è in grado di calcolare e definire con certezza. I sostenitori del ritiro britannico (tra questi, l'*United Kingdom Independence Party* e diverse frange del Partito Conservatore, ufficialmente neutrale) ritengono che esso consentirebbe al Regno Unito, riappropriatosi della sua sovranità, di controllare l'immigrazione, di rivestire una posizione migliore nella conduzione delle proprie trattative commerciali e di liberarsi dai vincoli imposti dai regolamenti e dalla burocrazia europei. I sostenitori della permanenza nell'Unione (i Partiti Laburista, Liberal Democratico e Nazionalista Scozzese, alcune multinazionali e il settore bancario in generale, tra gli altri) ritengono, al contrario, che un recesso comprometterebbe la prosperità del Regno Unito, diminuirebbe la sua influenza a livello internazionale, metterebbe in pericolo persino la sicurezza nazionale (in quanto verrebbe ridotto l'accesso alle banche dati comuni europee sul crimine) e creerebbe barriere commerciali con l'Unione europea; si subirebbero perdite di posti di lavoro, ritardi negli investimenti e non sarebbero evitabili seri rischi per le imprese.

Una cosa è indubbia: il recesso del Regno Unito dall'Unione europea, seppure si consumasse, non troncherebbe di netto i legami storici, geografici ed economici da sempre sussistenti con l'Europa continentale. Bisognerebbe invece, è appena il caso di dirlo, impostare nuovi collegamenti (commerciali e non solo) con l'Unione (il «quadro

delle future relazioni» di cui parla l'art. 50 TUE, da considerare nel percorso verso l'Accordo di recesso e altrettanto da considerare se a tale Accordo non si riuscisse ad arrivare), così da disciplinare l'inevitabile: la posizione di merci, persone, servizi e capitali britannici rispetto alle libertà di circolazione garantite dai Trattati, ovvero le future condizioni di ingresso del Regno Unito nel mercato interno. È perciò evidente quale sarebbe la vera sfida per il Regno Unito: costruire una rinnovata interazione con l'Unione europea, ossia con un'area di destinazione naturale per i cittadini, le imprese e i prodotti britannici; e con i suoi Stati membri, cioè con quelli che sono attualmente i *partner* commerciali principali (il *Centre for European Reform* di Londra ha calcolato un incremento, dal 1973 a oggi, pari al 55% delle esportazioni dalla Gran Bretagna verso tali Stati).

All'interno di quale cornice giuridica e su quali fondamenta normative concepire allora i rapporti tra Regno Unito e Unione europea all'indomani di un risultato referendario favorevole al recesso? Gli scenari presumibilmente immaginabili, alternativi alla permanenza nell'Unione, sembrano essere diversi: alcuni più, altri meno (o molto meno) plausibili, ma tutti astrattamente possibili ([Piris](#), p. 117 ss.).

Il negoziato per giungere all'Accordo di recesso sarebbe di sicuro una sede idonea per tentare di dare alle nuove relazioni tra Regno Unito e Unione europea una struttura adeguata, al fine di rendere la separazione meno traumatica. L'Accordo di recesso vero e proprio potrebbe recare disposizioni al riguardo, oppure si potrebbero abbinare a esso uno o più strumenti *ad hoc*, i quali dovrebbero però assumere forma mista (con ratifica dei rimanenti Stati membri dell'Unione, nonostante l'art. 50 TUE non la richieda) qualora concernessero impegni per il Regno Unito su materie di competenza concorrente, sulla politica estera e di sicurezza comune (PESC) o sulla politica di sicurezza e difesa comune (PSDC) ([Łazowski](#), pp. 118-119).

Nel corso delle trattative, il Regno Unito e l'Unione (con la Commissione in veste di negoziatore) si fronteggerebbero quali portatori di punti di vista contrapposti. Il Regno Unito, dando per scontati gli *opt out* odierni, vorrebbe trarre tutti i benefici che determinate politiche dell'Unione possono procurare. Sarebbe perciò fautore di un approccio settoriale e tenterebbe di ottenere una partecipazione al mercato interno in settori specifici che tengano conto degli interessi britannici (escludendo, ad esempio, la politica agricola comune, la pesca, la coesione economica e sociale). Non potrebbe però evitare di dover comunque rispettare il diritto dell'Unione primario e derivato, vigente nei settori suddetti (senza poter più votare per adottarlo o modificarlo), in quanto discriminazioni tra gli operatori economici nel mercato stesso non sarebbero tollerabili. L'Unione resisterebbe al supposto approccio settoriale, difenderebbe la sua autonomia decisionale e probabilmente vorrebbe mantenere il controllo del rispetto degli obblighi giuridici assunti dal Regno Unito.

Non si può escludere che sull'andamento della discussione influirebbe il contenuto della decisione dei Capi di Stato e di Governo e delle dichiarazioni allegate, approvate dal Consiglio europeo del 18-19 febbraio 2016 e sopra richiamate. Il Regno Unito, divenuto Stato terzo, si vedrebbe anche costretto a ridefinire i suoi rapporti con lo Spazio economico europeo (SEE), nel quale è attualmente coinvolto come membro dell'Unione, tramite apposito trattato internazionale da siglare con l'Unione, gli Stati membri di questa e del SEE e gli Stati non membri dell'Unione ma membri del SEE (Islanda, Liechtenstein e Norvegia).

Una seconda opzione per il Regno Unito che decidesse di lasciare l'Unione, sarebbe quella di riaderire all'Associazione europea di libero scambio (EFTA), organizzazione della quale era Stato membro fino al 31 dicembre 1972, attivando, nelle more del termine di cui all'art. 50, par. 3, TUE, la procedura prevista dall'art. 56 della [Convenzione](#) di Stoccolma del 4 gennaio 1960 (come emendata a Vaduz il 21 giugno 2001). Così facendo, il Regno Unito potrebbe aggiungersi all'Islanda, al Liechtenstein e alla Norvegia (Stati membri dell'EFTA) quale partecipante al SEE sopra menzionato; o potrebbe anche preferire di rimanere nell'EFTA senza partecipare al SEE (v. [Burke, Hannesson, Bangsund](#), p. 77 ss.).

Lo Spazio economico europeo è stato costituito mediante l'[Accordo](#) di Porto del 2 maggio 1992 (Accordo SEE), in vigore tra ventisette Stati membri dell'Unione europea (ne è esclusa, per ora, la Croazia) e tre Stati membri dell'EFTA, ossia l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia (non la Svizzera). In virtù di esso, i suddetti Stati membri dell'EFTA possono usufruire del mercato interno dell'Unione pur non essendo Parti dell'Unione medesima. Essi adottano quasi tutta la legislazione comunitaria e dell'Unione relativa al mercato interno (libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali; concorrenza; protezione dei consumatori; ecc.), a eccezione delle norme sull'agricoltura e sulla pesca. L'Accordo SEE non prevede il coordinamento delle tariffe doganali, e non dà perciò luogo a un'unione doganale.

La scelta del Regno Unito di entrare nello Spazio economico europeo in qualità di (nuovo) membro dell'EFTA, ai sensi dell'art. 128 dell'Accordo SEE (scelta da alcuni ritenuta ottimale: cfr. [Burke, Hannesson, Bangsund](#), p. 69 ss.), avrebbe dunque il pregio della linearità, in quanto si rimarrebbe nel solco di una realtà ben conosciuta e ormai consolidata. È tuttavia arduo pensare che il Regno Unito (membro dell'EFTA e non più dell'Unione europea) possa acconsentire a determinati vincoli derivanti dall'Accordo SEE, trascurabili magari per un membro del SEE che sia anche membro dell'Unione, ma gravosi e sgraditi per uno Stato tornato nell'EFTA appunto per non essere più "sottomesso" all'Unione: ad esempio, il doversi esprimere "con una sola voce", insieme agli altri Stati membri dell'EFTA, in seno al Co-

mitato misto SEE (art. 93 dell'Accordo SEE); il dover integrare nell'ordinamento britannico tutti i nuovi atti dell'Unione inerenti al mercato interno, senza avere (più) il diritto di influenzarne sostanzialmente il contenuto (art. 102 dell'Accordo SEE); il dover tenere conto dei poteri conferiti all'Autorità di vigilanza EFTA e alla Corte di giustizia EFTA (art. 108 dell'Accordo SEE) ([Piris](#), p. 121; v. sul punto le notazioni di [Burke, Hannesson, Bangsund](#), pp. 82-83).

Il modello in questione sta inoltre presentando dei problemi, tant'è che nelle Conclusioni del Consiglio Affari Generali del 16 dicembre 2014 sono stati sottolineati con preoccupazione

«i ricorrenti arretrati e ritardi registrati durante l'intero processo di integrazione della legislazione dell'UE nell'accordo SEE, come pure nell'attuazione e applicazione della legislazione pertinente negli Stati SEE-EFTA».

In tale contesto, pur accogliendo con favore «gli sforzi compiuti dagli Stati SEE-EFTA negli ultimi anni per accelerare il ritmo dell'integrazione», il Consiglio si è rammaricato del fatto che essi siano «ancora insufficienti per affrontare efficacemente e complessivamente i problemi esistenti» e ha osservato, in particolare, come «l'ampio ricorso alla possibilità prevista dall'accordo di chiedere adattamenti e deroghe, nonché i ritardi nel soddisfacimento dei requisiti costituzionali e nell'attuazione e nell'applicazione della legislazione SEE già adottata negli Stati SEE-EFTA», contribuiscano a una frammentazione del mercato interno e a una asimmetria dei diritti e degli obblighi degli operatori economici che non giovano alla competitività globale dello Spazio economico europeo.

Se il Regno Unito ridiventasse membro dell'EFTA senza entrare però nel SEE, sarebbe necessario concludere con l'Unione un accordo di libero scambio analogo a quelli stipulati in passato dalla Comunità economica europea con i singoli Stati membri dell'EFTA (alcuni decaduti man mano che i contraenti hanno aderito alle Comunità, altri surrogati dall'Accordo SEE) nonché a quelli, ancora in vigore, conclusi dagli Stati membri dell'EFTA con numerosi Stati terzi e con organizzazioni internazionali. Le relazioni che verrebbero a instaurarsi di riflesso tra il Regno Unito e il SEE dovrebbero peraltro essere oggetto di un accordo multilaterale tra il Regno Unito, l'Unione europea, i ventisei Stati membri dell'Unione partecipanti al SEE e i tre Stati membri dell'EFTA anch'essi partecipanti al SEE.

Nel ridisegnare i loro rapporti reciproci dopo il recesso, il Regno Unito (a prescindere da un suo rientro nell'EFTA) e l'Unione potrebbero altresì orientarsi verso un assetto ispirato al meccanismo che lega attualmente l'Unione europea e la Svizzera (Stato membro dell'EFTA ma non del SEE), con un accordo di libero scambio ([Accordo](#) di Bruxelles del 22 luglio 1972) corredato da una serie di accordi bilaterali

settoriali, tra i quali quelli del “pacchetto I”, del 1999 (su libera circolazione delle persone; trasporti terrestri e aerei; agricoltura; ostacoli tecnici al commercio; forniture alla pubblica amministrazione; ricerca scientifica) e del “pacchetto II”, del 2004 (su giustizia, sicurezza, asilo e immigrazione; fiscalità e risparmio; lotta alle frodi; prodotti agricoli trasformati; ambiente; statistica; pensioni; educazione, formazione professionale e gioventù), che includono un’ampia gamma di politiche dell’Unione, compresa la partecipazione della Svizzera a molteplici elementi del mercato interno. La soluzione sarebbe forse gradita al Regno Unito (gli accordi bilaterali di cui sopra sono basati su una cooperazione internazionale di stampo classico, non contemplando essi il trasferimento di competenze normative e decisionali a favore di un’istanza sovranazionale, ed essendo ogni Parte contraente responsabile della loro corretta attuazione sul proprio territorio), ma sarebbe probabilmente respinta dall’Unione, che auspica da tempo un ripensamento e un cambiamento del modello in questione ([Burke, Hannesson, Bangsund](#), p. 96). Nelle Conclusioni dei Consigli Affari Generali tenutisi a Bruxelles il 14 dicembre 2010 e il 20 dicembre 2012, le relazioni con la Svizzera sono state infatti descritte come molto complesse, tali da non garantire la necessaria omogeneità e generatrici di incertezza; il 6 maggio 2014 il Consiglio ha autorizzato «l’avvio di negoziati su un accordo tra l’Unione europea e la Svizzera relativo a un quadro istituzionale» che sovrintenda alle relazioni reciproche.

Altra strada teoricamente percorribile dal Regno Unito e dall’Unione europea sarebbe quella di un accordo di associazione basato sull’art. 217 TFUE, conforme a quelli tuttora sussistenti tra l’Unione (stipulante originaria o succeduta alle Comunità europee) e vari Stati terzi, europei ed extraeuropei, caratterizzati, come afferma l’art. 217, «da diritti ed obblighi reciproci, da azioni in comune e da procedure particolari». Potrebbe essere, un accomodamento simile, gratificante per il Regno Unito? È ragionevole credere di no. Gli accordi di associazione creano relazioni assai intense tra le Parti, con una fitta rete di diritti e obblighi reciproci molto più penetranti di quelli che nascono da accordi di altro genere, e predispongono una struttura istituzionale con organi espressivi sia di una cooperazione intergovernativa, sia di una collaborazione a livello parlamentare. La reciprocità di diritti e obblighi non comporta però una completa parità dei contraenti. Inoltre, gli accordi di associazione, per le cui norme la giurisprudenza della Corte di giustizia non nega la possibilità di efficacia diretta (purché esse implicino obblighi chiari e precisi, i cui effetti non dipendano dall’adozione di provvedimenti ulteriori, e purché l’accordo di riferimento abbia un contenuto e uno scopo appropriati) non concedono agli Stati associati un accesso sostanziale al mercato interno dell’Unione. Si potrebbe immaginare uno schema associativo più avanzato, paragonabile a quello esistente con la Turchia, il quale, partendo dall’[Accordo](#) di Ankara del 12 settembre 1963, ha avuto poi

una significativa evoluzione con l'adozione, a opera del Consiglio di associazione CE-Turchia (organo istituito dallo stesso Accordo di Ankara), della [decisione](#) n. 1/95 del 22 dicembre 1995, relativa all'attuazione della fase finale dell'unione doganale, entrata in vigore il 31 dicembre 1995. A meno di accorgimenti normativi diversi e più favorevoli, che non è possibile al momento anticipare (e che altererebbero gli equilibri consueti delineati finora in un rapporto associativo instaurato dall'Unione con Stati terzi), il Regno Unito non avrebbe tuttavia il potere di fissare le tariffe doganali, dovendo applicare quelle indicate dall'Unione. Inoltre, sarebbero mantenute delle restrizioni notevoli all'accesso al mercato interno.

Un recesso non accompagnato da alcun tipo di accordo (per cui il Regno Unito si posizionerebbe, rispetto all'Unione europea, quale Stato terzo privo di "coperture" consone) avrebbe degli effetti seri e dirompenti, per adesso prefigurabili soltanto sommariamente ([Łazowski](#), p. 121 ss.; [Piris](#), p. 126 ss.). È evidente, innanzitutto, che dal momento in cui l'uscita venisse a perfezionarsi (alla scadenza del termine dettato dall'art. 50, par. 3, TUE), il Regno Unito sarebbe immediatamente libero da qualsiasi obbligo di applicare il diritto dell'Unione, primario, intermedio e derivato, nei territori e negli spazi (metropolitani e non, europei e ultramarini) sottoposti alla sua sovranità, come definiti nell'art. 52 TUE, nell'art. 355 TFUE, nell'Allegato II al TFUE (per quanto concerne lo speciale regime di associazione disciplinato dalla Parte IV del TFUE medesimo), nel Trattato di Bruxelles del 22 gennaio 1972 (in merito alle isole Normanne e all'isola di Man) e nel Protocollo n. 3 allegato al [Trattato](#) di Atene del 16 aprile 2003 (al fine di attuare quanto disposto da detto Protocollo per le zone di Akrotiri e Dhekelia a Cipro). Parallelamente, i restanti Stati membri dell'Unione europea non sarebbero più vincolati al rispetto del diritto dell'Unione nei confronti del Regno Unito, dei suoi cittadini e delle persone giuridiche di diritto britannico. Il legislatore britannico dovrebbe adoperarsi prontamente per colmare il vuoto normativo che si verrebbe a determinare a causa del superamento dell'*European Communities Act* del 17 ottobre 1972, soprattutto in relazione ai regolamenti comunitari e dell'Unione (i quali andrebbero sostituiti da apposite norme nazionali), mentre per le direttive e le decisioni individuali rivolte allo Stato, comunitarie e dell'Unione, nonché per le decisioni quadro dell'*ex* Terzo Pilastro si potrebbe scegliere quali disposizioni interne di recepimento mantenere, modificare o abrogare. Gli orientamenti generali e le decisioni PESC decadrebbero *ipso iure* ([Łazowski](#), p. 121 ss.). I cittadini britannici residenti negli Stati membri dell'Unione e i cittadini degli Stati membri dell'Unione residenti in Gran Bretagna non potrebbero più esercitare i diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, della quale non sarebbero più titolari (i primi in assoluto, i secondi in relazione allo Stato di residenza) ([Burke](#), [Hannesson](#), [Bangsund](#), pp. 74-75). In mancanza di un accordo interna-

zionale che il Regno Unito dovrebbe urgentemente concludere a loro tutela (per mezzo del quale si potrebbero anche riconoscere, con garanzia di reciprocità, i diritti acquisiti, altrimenti non invocabili), i cittadini britannici che vivessero nell'Unione manterrebbero solo ed esclusivamente i diritti attribuiti ai cittadini di Stati terzi: tra gli altri, quelli riguardanti il ricongiungimento familiare ([direttiva 2003/86/CE](#)); i soggiornanti di lungo periodo ([direttiva 2003/109/CE](#)); i familiari di cittadini dell'Unione ([direttiva 2004/38/CE](#)); l'ammissione per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato ([direttiva 2004/114/CE](#)); l'ammissione a fini di ricerca scientifica ([direttiva 2005/71/CE](#)); e le persone che intendano svolgere lavori altamente qualificati ([direttiva 2009/50/CE](#)). I cittadini degli Stati membri dell'Unione residenti in Gran Bretagna sarebbero viceversa pienamente soggetti alla normativa britannica sull'immigrazione; potrebbero reclamare i diritti che gli atti comunitari e dell'Unione conferiscono ai cittadini di Stati terzi solo se, e nella misura in cui, essi fossero confermati nell'ordinamento britannico. Logicamente, entrambe le categorie conserverebbero, nei luoghi e ordinamenti rispettivi, i diritti riconosciuti e protetti in parallelo dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come e nel senso in cui la Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo li intendono e interpretano; e dalle Carte sociali elaborate dal Consiglio d'Europa nel 1961 e nel 1996, come applicate nei singoli Stati membri dell'Unione e in Gran Bretagna.

D'altro canto, le imprese britanniche e le imprese degli altri Stati membri dell'Unione non godrebbero più, vicendevolmente, del diritto di stabilimento. Dal punto di vista degli scambi commerciali, cesserebbero di avere valore per il Regno Unito tutti gli accordi internazionali conclusi dalla Comunità e dall'Unione europea nell'ambito della politica commerciale comune (art. 207 TFUE). Si tratta di un settore in cui l'Unione ha competenza esclusiva (art. 3, par. 1, TFUE), che il Regno Unito dovrebbe tornare a gestire in prima persona dopo oltre quaranta anni, rinegoziando *uti singulus* ed *ex novo* gli accordi suddetti con una forza contrattuale, però, non equiparabile a quella dell'Unione ([Łazowski](#), pp. 126-127). Non appartenendo più il Regno Unito all'unione doganale, si applicherebbero alle merci britanniche i dazi della tariffa doganale comune stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione, trovandosi poi esse in libera pratica negli Stati membri. Non si può neanche escludere che, per continuare a esportare verso l'Unione (si deve supporre, come detto in precedenza, che rimanga questo il mercato di destinazione principale), il Regno Unito verrebbe a trovarsi nella condizione di dover ugualmente rendere i propri prodotti conformi agli *standard* pretesi dalla normativa dell'Unione ([Piris](#), p. 126).

Gli scenari virtuali, dovesse dal *referendum* del 23 giugno 2016 scaturire un verdetto *pro* recesso, sono dunque quanto mai assortiti,

con differenti possibilità di compromesso. L'auspicio è sicuramente quello per cui l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea venga guidata e organizzata da ambedue le Parti nel modo migliore in tutti i suoi vari aspetti. L'opzione più soddisfacente sembra essere rappresentata, come dianzi prospettato, da uno o più strumenti internazionali elaborati insieme all'Accordo di recesso, nella cornice negoziale delineata dall'art. 50 TUE in combinato disposto con l'art. 218 TFUE, affinché un Regno Unito non più membro dell'Unione europea ma pur sempre protagonista di spicco del progetto geopolitico occidentale, prosegua nelle proprie (ineliminabili) relazioni con l'Unione, i suoi Stati membri, gli Stati membri dell'EFTA e del SEE e il SEE stesso, instaurando azioni sinergiche tanto sotto il profilo economico (mercato interno rilevante), quanto sotto il profilo politico (PESC e PSDC). In caso contrario, un abbandono disavveduto, non sorretto da accortezza e lungimiranza, avrebbe fortissimi contraccolpi sia in campo politico, economico e finanziario (come sottolineato di recente dai Capi di Stato e di Governo e dai Ministri dell'Economia degli Stati del Gruppo dei Sette, o G7, riunitisi nel [Vertice di Shima](#) del 26-27 maggio 2016), sia nei confronti di molti cittadini e imprese.

9 dicembre 2015

La trasfigurazione del sovrano. Il diritto dell'Unione europea come fattore di evoluzione costituzionale nel Regno Unito

GIUSEPPE MARTINICO (*)

Come era prevedibile, viste anche le grandi attese suscitate dai [blog di settore](#), *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* della High Court ha subito scatenato un'intensa discussione dai contorni non solo tecnici, ma anche, inevitabilmente, politici. Da una parte, alcune testate hanno attaccato i giudici, definendoli «[enemies of the people](#)», dall'altra, si è scritto anche di vittoria del [diritto sulla politica](#).

La polarizzazione del [dibattito](#) è anche frutto di un sistema che ha dovuto rimettere in discussione l'originario concetto di sovranità parlamentare e che sta ancora vivendo (come già è avvenuto negli Stati Uniti, anche se con evidenti differenze) le tensioni fra [costituzionalismo politico](#) e [giuridico](#), esplose, nel Regno Unito, soprattutto all'indomani dello [Human Rights Act](#).

A ciò si aggiunge anche il crescente ricorso allo strumento referendario, che sta inevitabilmente offrendo un altro fattore di ripensamento della “classica” dottrina della [sovranità parlamentare](#) e riproducendo, in un contesto particolare, alcune problematiche conseguenze legate al suo “innesto” in contesti di democrazia rappresentativa, note anche [altrove](#).

Va anche sottolineato che l'attuale fase del processo integrativo è spia di una crisi più ampia e in questo senso probabilmente ci saremmo trovati in una situazione analoga anche nell'eventualità di una vittoria del *Remain*, dato che quest'ultima avrebbe comportato l'entrata in vigore di un accordo (la “nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea”) davvero [problematico](#) e di dubbia compatibilità

(*) Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna.

con il nucleo del diritto dell'Unione.

Tutto questo fa da sfondo a una decisione, a parere di chi scrive, saggia nella sostanza e nel risultato, ma problematica nell'argomentazione, in cui, a dispetto di quello che hanno scritto i giornali inglesi, la High Court non ha [bloccato il c.d. *Brexit*](#), ma ha chiarito la necessità di coinvolgere il Parlamento inglese nella decisione relativa alla notifica *ex art. 50 TUE*.

La decisione, da questo punto di vista, è tutt'altro che preoccupante – [e tutt'altro che inaspettata](#) – a mio avviso, mentre oggettivamente problematica è la [reazione delle istituzioni inglesi all'aggressività dei media](#). Come si è avuto modo di sostenere [altrove](#), gli attori politici (sia a livello nazionale che sovranazionale) in questa vicenda hanno mostrato una serie di preoccupanti ambiguità, facendo di tutto per aggirare, semplificare e ridicolizzare il ruolo delle norme giuridiche in gioco (in *primis* il famigerato art. 50 TUE, che, con tutti i suoi difetti, offre delle linee guida che dovrebbero essere seguite in questa fase). Vale la pena di ricordare come gli stessi attori politici abbiano, in alcuni casi, anche [attaccato il ruolo dei giuristi](#) e degli accademici in quanto tali e la nota vicenda riguardante alcuni [colleghi della LSE](#) è solo l'apice di questo [preoccupante fenomeno](#).

Sia chiaro, *Miller* non rappresenta la vittoria del diritto sulla politica, tuttavia, lo sforzo fatto dalla High Court nel tentare di riallineare l'agire politico al quadro giuridico (*rectius*, costituzionale) è encomiabile e fa di questa decisione una pietra miliare. A coloro che pensano che le norme siano solo la cristallizzazione di rapporti di forza politici, la decisione *Miller* ha ricordato che le norme sono soprattutto la cornice che forgia e canalizza il potere, risultando, così, di enorme impatto costituzionale.

Senza analizzare nel dettaglio la decisione (già ampiamente esplorata da autorevoli [studiosi](#) in interventi disponibili sia in [inglese](#) che in [italiano](#)) si cercheranno di evidenziare brevemente due problematici elementi del ragionamento della High Court: uno relativo alla revocabilità della notifica e l'altro relativo al concetto di “legge costituzionale” nell'ordinamento britannico.

Per quanto riguarda il primo, all'indomani della decisione, gli studiosi si sono divisi sul ruolo che ha giocato nella stessa l'interpretazione data all'art. 50 TUE con specifico riferimento alla questione della irrevocabilità della notifica (del resto, già prima del referendum del 23 giugno la [letteratura](#) sul punto era divisa).

A mio avviso, il richiamo all'art 50 TUE è tutt'altro che fuori luogo: l'appartenenza del Regno Unito all'UE ha creato, negli anni, norme complesse nel senso etimologico del termine (frutto di un intreccio – *complexus* – normativo difficilmente districabile, fra diritto interno e diritto europeo; si veda la “categorizzazione” dei diritti offerta dalla High Court ai par. 57-66 della decisione); ciò, quindi, rende inevitabile il riferimento al diritto dei Trattati per la corretta lettura del

quesito posto al giudice.

La stessa lettera dell'art. 50 TUE, del resto, rinvia al diritto interno quando dispone che «ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione» (come, d'altra parte, fanno anche altre norme dei Trattati, per esempio il rinvio contenuto all'art. 48, par. 4, TUE e molte delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Tuttavia, è anche vero che, a seconda della revocabilità o meno della notifica, varia anche il margine di manovra lasciato al Parlamento inglese e ciò rende il riferimento rilevante ai fini della decisione (*contra* si vedano alcuni dei [commenti](#) pubblicati nella [blogosfera](#)).

Se la situazione è “complessa” (nel senso di intrecciata) ecco allora che questioni di puro diritto interno producono conseguenze sul piano del diritto dell'UE. A chi spetta notificare? Si tratta di una prerogativa che può esercitare l'[Esecutivo](#)? È necessario coinvolgere il [Parlamento di Westminster](#)? Il Parlamento scozzese ha una qualche [forma di veto](#)? O l'eventuale conflitto fra Parlamenti del Regno Unito si avrà solo a notifica avvenuta? In quel caso che accadrà? Prevarrà il Parlamento di Westminster? Che ruolo potranno giocare fattori come la [Sewel convention](#)? La decisione di notificare spetta al governo ma con il [controllo del Parlamento](#)? (si veda un importante [report](#) recentemente pubblicato dalla *House of Lords*).

Come si può intuire, si tratta di questioni che non hanno solo un impatto a livello di diritto interno, perché implicano scenari non necessariamente coincidenti. Concedere, come del resto entrambe le parti hanno fatto (questo apre anche [scenari interessanti](#) in vista della decisione della [Corte Suprema](#)), che la notifica *ex* art. 50 TUE sia irrevocabile comporta inevitabilmente un restringimento del margine di manovra per il [Parlamento](#) in caso di mancato coinvolgimento nella fase pre-notifica, perché, pur ammettendo che quest'ultimo intervenga successivamente per razionalizzare l'intreccio normativo creato da anni di integrazione europea, lo si condanna a farlo per eseguire una decisione presa e dall'evidente impatto sui «rights of individuals or companies» (par. 33). È vero, infatti, che il Parlamento ha avuto modo di intervenire prima del voto con lo *European Union Referendum Act* del 2015, ma va anche ricordato che la dottrina è quasi unanime nel riconoscere il valore non vincolante del referendum (e non sono mancate critiche e [casi giurisprudenziali](#) sulla questione della titolarità del voto), proprio alla luce della particolari caratteristiche di questo [istituto nel Regno Unito](#):

«Most, if not all, British constitutional lawyers would accept the proposition that referenda do not generate legally binding obligations upon government to implement their results, and the lack of provisions in the 2015 Act contrasts starkly with the Northern Ireland Act 1998 and the Parliamentary Voting and

Constituencies Act 2011. Given the relative silence of the European Union Referendum Act 2015, one can only infer that the result of the referendum is advisory only, and does not trigger Article 50 in and of itself. If any legal obligations follow from the Referendum they are to be found elsewhere, or are to be considered to be purely political» ([Young](#)).

È alla luce delle peculiarità [britanniche](#) (il contesto scozzese meriterebbe delle considerazioni a parte, come ricorda [Douglas Scott](#)) che va inquadrata la tensione fra sovranità popolare e sovranità parlamentare. Riemergere qui, in tutta la sua problematicità, l'ambiguità con cui il termine "sovranità" è stato utilizzato nei mesi precedenti al voto del 23 giugno:

«A mantra of Leave campaigners seems to have been the desire to 'take back control'. There has been much talk of sovereignty, although less clarity on what it actually means. However, at its most basic, there are at least three notions of sovereignty that are relevant in the context of Brexit, and they are often confused. The first is parliamentary sovereignty, which is said to have particular resonance in the UK because, due to the vagaries of the uncodified UK constitution, the Westminster parliament has been recognised as a body with unlimited legislative power. Yet the parliamentary sovereignty of a representative democracy may seem to be at odds with popular sovereignty as exercised in a referendum. Popular sovereignty also has other implications, such as in Scotland, where an indigenous Scottish tradition claims that sovereignty resides in the Scottish people, in spite of the alternative claims of Diceyan parliamentary sovereignty. Thirdly, there is external sovereignty, whereby a country may be sovereign and recognised as independent by the international community [...]. These are three different concepts of sovereignty, but they have become very confused in the context of Brexit and the UK's relations with the EU» ([Douglas-Scott](#)).

Bene ha fatto, quindi, la High Court a ricordare l'art. 50 TUE; tuttavia, proprio per l'impatto che la questione della revocabilità o meno della notifica ha sul margine di manovra del Parlamento, il passaggio in cui si è optato per la non revocabilità è risultato probabilmente [troppo rapido e poco meditato](#).

Come si è scritto in precedenza, la dottrina sul punto è divisa e, anche all'indomani della decisione, quello che sembrava un dettaglio "tecnico" è diventato oggetto di dibattito sulle [principali testate inglesi](#).

Probabilmente la High Court avrebbe dovuto sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. A mio avviso dovrà proba-

bilmente farlo la [Corte Suprema](#), a questo punto, a meno che non decida di vestire la propria decisione con argomenti di diritto interno (scelta altrettanto difficile per quanto ricordato sopra), ma sul punto si rinvia ad altri [puntuali commenti](#).

Certo, un rinvio *ex art. 267* TFUE operato dalla Corte Suprema avrebbe un impatto mediatico e politico enorme, esporrebbe i giudici (e anche la Corte di giustizia dell'UE) all'attacco degli attori politici e della stampa, ma questo è il prezzo che spesso i *leading cases* pagano ed è la conseguenza della recente introduzione dell'art. 50 TUE. Del resto, ammettere la revocabilità della notifica *ex art. 50* TUE aprirebbe scenari nuovi, darebbe un senso diverso anche all'intervento, successivo alla eventuale notifica, del Parlamento inglese e potrebbe anche giustificare l'ipotesi di un referendum sui contenuti degli accordi [successivi alla notifica](#).

Più in generale, alcuni [commentatori](#) hanno scritto che la High Court si è mostrata poco sensibile e rispettosa del voto popolare, richiamando la Corte Suprema canadese a modello, pensando alla nota [Reference](#) del 1998. Tuttavia, si tratta di una lettura superficiale della *Reference*, in cui si è ricordata la necessità di una «clear majority» (sicuramente non una maggioranza del 51,89%, alla luce anche delle problematiche esclusioni del diritto al voto dei cittadini dell'UE residenti nel Regno e dei cittadini del Regno [residenti all'estero da più di 15 anni](#)) e di una «clear question» per poter dedurre dal risultato di un referendum l'obbligo di negoziare l'eventuale uscita della Provincia francofona dal Canada:

«Our democratic institutions necessarily accommodate a continuous process of discussion and evolution, which is reflected in the constitutional right of each participant in the federation to initiate constitutional change. This right implies a reciprocal duty on the other participants to engage in discussions to address any legitimate initiative to change the constitutional order. A clear majority vote in Quebec on a clear question in favour of secession would confer democratic legitimacy on the secession initiative which all of the other participants in Confederation would have to recognize» (par. 150).

Sempre in quella *Reference* la Corte Suprema canadese ricordava anche il necessario coinvolgimento degli attori politici (par. 101-102), incaricati di dare un seguito al voto popolare. Proprio nell'attenzione al [sistema costituzionale canadese](#) (inteso non solo come insieme di disposizioni scritte, ma, anche e soprattutto, come «[underlying principles](#)» [non scritti](#)) risiede la grandezza di quella *Reference*, che ha prodotto una vera e propria riabilitazione dell'istituto della secessione all'interno degli studi giuridici (e la fine – almeno parziale – di quello che la dottrina ha chiamato il “tabù” della seces-

sione). Dal 1998 si è passati dal silenzio delle costituzioni sul punto al dibattito su come [costituzionalizzare la secessione](#). Perché il diritto dovrebbe poter dire qualcosa su un fenomeno che viene tradizionalmente percepito come rivoluzionario, perché necessariamente implicante la rottura dell'ordinamento? Perché le costituzioni, come ricorda [Vermeule](#), sono anche strumenti di gestione del rischio politico, e in contesti caratterizzati da pluralismo culturale può avere senso codificare il diritto all'uscita da un ordinamento per salvaguardare dei beni costituzionali superiori alla stessa integrità territoriale, per garantire, in altre parole, il giusto equilibrio fra unità e diversità. In questo senso le clausole di secessione (la scelta del termine «recesso», utilizzato nella versione italiana del TUE, è il portato di quelli che [La Pergola](#) avrebbe chiamato i residui contrattualistici del federalismo) possono essere viste come un pezzo dell'omogeneità assiologica che caratterizza ogni ordinamento, essendo volte a proteggere la continuità del rispetto di determinati valori anche nella transizione da un ordinamento unitario alla nascita – per secessione – di un nuovo ordinamento. In altre parole, procedimentalizzando la secessione (come cerca di fare l'art. 50 TUE) l'ordinamento dell'UE condiziona l'uscita di un suo Stato membro al rispetto di determinate condizioni (come del resto sottolineava nella celebre *Reference* anche la Corte Suprema canadese, al par. 90). In quest'ottica assume rilevanza il contenuto sugli accordi relativi alle future relazioni fra l'Unione e lo Stato che ha deciso di uscire e ciò impedisce, a mio avviso, di definire il recesso in termini di «[strappo unilaterale](#)», che avrebbe come conseguenza quella di esporre all'arbitrio il rispetto dei diritti dei cittadini dell'UE nel Regno Unito e quelli dei cittadini del Regno Unito residenti nel territorio dell'UE.

Un secondo punto che merita attenzione è quello relativo allo *status* giuridico di fonti nazionali quali lo *European Community (EC) Act* del 1972, ad esempio. Si tratta di un altro passaggio che rivela la natura dinamico-evolutiva dell'ordinamento britannico. Anche se una delle definizioni più celebri della costituzione inglese è quella di [Griffith](#) – secondo cui «The constitution of the United Kingdom lives on, changing from day to day, for the constitution is no more and no less than what happens» – non sono mancate ricostruzioni giurisprudenziali che hanno identificato delle fonti costituzionali. Il caso a cui si fa riferimento nella decisione *Miller* è soprattutto [Thoburn vs. Sunderland](#), in cui il Lord Justice (LJ) Laws concepiva l'esistenza di un gruppo di «leggi costituzionali» nell'ordinamento inglese, a cui riconduceva anche lo *EC Act* del 1972. Il LJ Laws individuava due grandi ambiti di leggi costituzionali (quelle sui diritti fondamentali e quelle sul rapporto fra Stato e cittadino), con riferimento ai quali la stessa sovranità del Parlamento inglese doveva ritenersi limitata. Il ragionamento di LJ Laws permetteva di mantenere l'assunto della superiorità comunitaria, fondando però tale superiorità su un atto di diritto interno

del Parlamento, lo *EC Act* del 1972: è pertanto in virtù di questo, e non per forza propria del diritto comunitario, che il diritto sovranazionale prevale su quello interno.

L'esistenza di diritti legati all'appartenenza al processo integrativo europeo e la natura costituzionale dello *EC Act* rappresentano la base del ragionamento che esclude la possibilità di concepire una *Royal Prerogative* (nelle [parole](#) di Gina Miller, «this Ancient, Secretive Royal Prerogative») esercitabile dall'Esecutivo. Va segnalato, inoltre, che la *Royal Prerogative* è la “[grande incompiuta](#)” della “stagione delle riforme” iniziata nella seconda metà degli [anni novanta](#).

Dalla natura costituzionale dello *EC Act* la High Court fa discendere il principio secondo cui «the Crown has no power to alter the law of the land by prerogative powers» (par. 86):

«In this context, it is also relevant to bear in mind the profound effects which Parliament intended to produce in domestic law by enactment of the ECA 1972, which has led to its identification as a statute of special constitutional significance. The wide and profound extent of the legal changes in domestic law created by the ECA 1972 makes it especially unlikely that Parliament intended to leave their continued existence in the hands of the Crown through the exercise of its prerogative powers. Parliament having taken the major step of switching on the direct effect of EU law in the national legal systems by passing the ECA 1972 as primary legislation, it is not plausible to suppose that it intended that the Crown should be able by its own unilateral action under its prerogative powers to switch it off again. Moreover, the status of the ECA 1972 as a constitutional statute is such that Parliament is taken to have made it exempt from the operation of the usual doctrine of implied repeal by enactment of later inconsistent legislation» (par. 87-88).

Anche qui alcuni commentatori hanno criticato il richiamo a *Thoburn* e all'interpretazione di LJ Laws (tutt'altro che pacifica e, anzi, ritenuta da alcuni «an unconvincing theory, not much backed up by subsequent cases from higher courts»; [Gardner](#), 2016) e questo spiega anche perché, all'indomani di *Miller*, [alcuni studiosi](#) abbiano contestato la decisione ribadendo un parallelismo che a noi osservatori, abituati ad altre categorie, appare assurdo, quello fra il potere unilaterale di notifica esercitabile dal governo con riferimento ad [accordi](#) sulla doppia tassazione e quello *ex art. 50 TUE*. Anche su questo sarà interessante vedere cosa dirà la Corte Suprema: è vero che di fonti costituzionali ormai i colleghi inglesi scrivono da anni (per esempio, Feldman, “The nature and significance of ‘constitutional’ legislation”, in *The Law Quarterly Review*, 2013, p. 343 ss.), ma non c'è (proprio per la natura prevalentemente non scritta della costituzione inglese) una-

nimità sulla identificazione di esse e sulle [conseguenze](#) in termini di capacità di interventi successivi del legislatore “ordinario”. Ciò anche perché, secondo alcuni colleghi britannici, in *Thoburn* si sarebbe in realtà chiarito che:

«a statutory provision is constitutional not because the legislature intended it to have that status (which in any case had not been recognized in law when the 1972 Act was passing through Parliament) but because the common law confers that status on it» ([Feldam](#)).

In conclusione, la decisione *Miller* rappresenta un punto di svolta nella storia costituzionale inglese e un [banco di prova](#) per un sistema costituzionale particolare come quello britannico, per definizione dinamico ed evolutivo, che si scopre inevitabilmente diverso da come era negli anni '70, prima che la celebre «incoming tide» del diritto europeo attraversasse il suo ordinamento, parzialmente riforgiandone i contorni.

29 novembre 2016

You can't have your cake
and eat it too:
Why the UK has no right to revoke
its prospective notification on *Brexit*

FRANCESCO MUNARI (*)

Especially on occasion of the [judgment](#) *R (Miller) -v- Secretary of State for exiting the European Union*, issued by the High Court on November 3 (on which see [Martinico](#)), some have started considering whether the UK may revoke its withdrawal from the Union after having notified it pursuant to Art. 50 TEU. The main argument put forward by the [advocates](#) of this idea is that, since revocation is not expressly forbidden, it should be available to the UK. Others may add to this view that revocation would be consistent with the principle to preserve treaties from being terminated.

Brexit opens totally new scenarios not only for politicians, but also for legal scholars. And all opinions deserve the greatest attention. Yet, I think that a deeper scrutiny of this option leads to different conclusions.

In fact, the issue concerning revocability of Brexit has been advanced especially within the constitutional debate internal to the UK legal order, and was mainly justified to temporarily overcome the dilemma whether Brexit can be validly notified by the UK Government alone, or a prior vote by the UK Parliament is required. In this sense, if revocation were possible, the above dilemma might be solved after Brexit having been notified by Rt Hon Theresa May; subsequently, the UK institutions would have time to solve their constitutional conundrum. The legal dispute might indeed be decided soon by the UK Supreme Court in the Article 50 'Brexit' [appeal](#) (the hearing began on December 5, 2016 and a judgment is awaited); however, the debate on revocation has crossed the UK borders and is being analysed also

(*) Università di Genova.

from the international legal plane. Doubts have hence arisen whether Brexit might be revoked during the notice period running between the withdrawal notification to the European Council and the subsequent two years (or the extra-period unanimously decided pursuant to the same TEU provision), as per Article 50.3 TEU.

From the international legal viewpoint, relevant is the Vienna Convention on the Law of Treaties (“[VCLT](#)”) and particularly Section 4 of its Part V (Articles 65-68). It provides a *lex generalis* procedure on withdrawal and possible revocation thereof, subject to specific regimes directly provided for in any other treaty (like the TEU). More precisely, under Article 68 VCLT «a notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect». The literature on this VCLT proviso is really not abundant (but see [Capotorti](#), 417 *et seq.*, and, more recently, [Helfer](#) 2012, and [Tzanakopoulos](#)), but tends to construe it specifically in connection with Article 65 VCLT. Such a provision disciplines claims by one State concerning the alleged invalidity of a treaty (Article 65.1). This claim is followed by a three-month period – or any shorter period indicated by the State in case of urgency – in which the receiving States are entitled to state objections to the claim (Article 65.2). If objections are raised, then the dispute must be solved through the usual instruments provided for by international law (Article 65.3). Sure enough, in this situation the expression «takes effect» can apply (a) to the elapsing of the three-months (or shorter) period without any objection being raised to the withdrawal notice; (b) to the settlement of the dispute which may have arisen as a consequence of the withdrawal notice and of the subsequent objection. As long as either (a) or (b) has not occurred, the uncertainty of the status of a treaty among ‘contending’ parties can be healed with the withdrawal revocation by the notifying State, this being tellingly a solution consistent with sound principles of international law based on peaceful settlement of disputes and legal certainty.

In addition, Article 65 requires the notifying State to state its claim and motivate it, in order to allow the other parties to the treaty to understand the reasons for the withdrawal and/or termination of such treaty, accept them or object to them. In turn, and again, the possibility of revoking the withdrawal notice is strictly connected with the persuasiveness of the withdrawing State’s arguments concerning the existence of legal grounds for claiming invalidity of the treaty, and points again to a potential dispute among the States parties to a treaty, which can be resolved also by means of a step back of the State who has initiated this process.

Pursuant to Article 67.2, Article 68 VCLT applies also when the provisions of a treaty allow for withdrawal («Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 and 3

of Article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties»). But in this case, scholars correctly argue that the deadline for the revocation (*i.e.* the “taking effect” of the communication) is that of the receipt of such a communication by other parties ([Capotorti](#), 571; [Tzanakopoulos](#)). It is true that this interval may be actually short, but the rationale of the revocation is to end uncertainty originating from the formal communication by one state that it does no longer wish to be a party of a treaty, and nothing else.

Looking at international practice, in general withdrawal declarations are not revoked, unless accompanied by conditions, whose acceptance by the other parties to a treaty may trigger revocation. For instance, Norway gave a conditional notice of withdrawal from the 1946 Washington International Convention for the Regulation of Whaling, stating however that its primary objective was the conclusion of a quota agreement between five states engaged in pelagic whaling, and should that be achieved prior to 1 July 1962, the notice of withdrawal would be “cancelled”. In another remarkable case, when in 2002 the US withdrew from the 1972 Anti-Ballistic Missile (ABM) Treaty, the US first signalled its conditional intent to withdraw in accordance with the provisions of the treaty, and then gave the 6-month notice required by those provisions.

The above practice is consistent with the reasons normally beneath a notice of withdrawal, *i.e.* (a) either to carry out a strategy to increase a State’s voice within an intergovernmental organization or treaty-based negotiating forum, or (b) as a law-promoting tool: «particularly given the international legal system’s relatively anarchic environment, in which surreptitious shirking of treaty obligations is often plausible, a state’s decision to follow the rules of the game, publicize a future withdrawal, and open itself to scrutiny demonstrates a kind of respect for international law» ([Helfer](#) 2005, at 1587). In both cases, conditioning a withdrawal serves exactly the purpose to achieve either of the above goals; and revocation is legitimate and necessary to allow the functioning of this “dynamic” mechanism.

No doubt that the entire regime summarised above is based on – and consistent with – a paramount rule of international treaty law, codified also in Article 26 VCLT, under which «[e]very treaty is binding upon the parties to it and must be performed in good faith». Good faith performance mandates that if a State is willing to withdraw from a treaty, it must express its good reasons for this, and allow the other parties to evaluate whether amendments to the treaty are possible in order to overcome the problems evidenced by the intention of a State to withdraw from it. Revocation of withdrawal is strictly instrumental to the above objectives; and under the *pacta sunt servanda* principle cannot be interpreted to cover additional hypotheses. In fact, when exiting a treaty is merely the «ultimate act of disrespect for international rules and institutions» ([Helfer](#) 2005, *ibidem*), then revocation of this

exit is no longer serving any plausible or legitimate interest, since it is not useful for an «extinction du différend par renonciation» (Capotorti, 572). On the other hand, withdrawals are much more abundant in international practice than one would expect: apparently, 1,546 instances of denunciation and withdrawal from 5,416 multilateral agreements were registered with the UN between 1945 until 2004 (Helfer 2012, at 644). And this also says something about the existence of a customary rule providing a real resistance of treaties to be (partially) terminated, especially if they expressly provide for withdrawal.

This being said, we can now turn to Article 50 TEU, and to the specific withdrawal discipline it provides for. In Article 50 TEU revocation of withdrawal is not expressly prohibited; but neither is it expressly allowed.

In essence, withdrawal is an option available to any Member State, provided it is done «in accordance with its own constitutional requirements» (Article 50.1 TEU). No motivation is needed, nor any objection to withdrawal is available for the Union, its institutions or any other Member State, unless based on the alleged invalidity of the withdrawal for breach of ‘constitutional requirements’ (an apparently remote option). The immediate effect of a notification of a Member State’s intention to withdraw from the Union is the opening of a negotiation between that State and the Union aimed at «setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union» (Article 50.2 TEU). This agreement is meant to replace the existing relationship between the withdrawing State and the Union. But if no such agreement is found within a two-years period (possibly extended if so unanimously decided by the European Council and the exiting Member State), then exit occurs without any such agreement, and «[t]he Treaties shall cease to apply to the State in question» (Article 50.3 TEU).

Unlike other treaties, within the EU it is inconceivable to consider exit as an attribute to enhance cooperation among Member States, thus entitling any of them to use withdrawal (and its possible revocation) as a strategic tool to amend the Treaties. This would be inconsistent with the principle of sincere cooperation established in Article 4.3 TEU, and with the institutional setting of the EU, characterised by institutions where negotiations and possible amendments to the Treaties are done exclusively within the EU. A striking precedent has been experienced on occasion of the ‘euro crisis’, in which amendments – both internal and external to the EU legal order (such as the Fiscal Compact and the ESM Treaty) – have been anyway negotiated *within* the European Council, and with the contribution of the other EU institutions.

By the same token, the UK had been given an option already to amend in its favour the existing rules governing the relationship

among EU Members: the (mistaken) [Settlement](#) for the United Kingdom within the European Union represented the unique chance for the UK to abandon the idea of Brexit. It was rejected by the referendum of June 23, and is now irrevocably off the table. Apart from the probable inconsistencies of this Settlement with EU primary law, in any event it would be hardly persuasive if, once this chance has been missed by the UK, the latter would be still able to notify exit and then consider revoking withdrawal from the Union.

The rationale of Article 50 seems quite straightforward: the Treaty trades a full right to exit with an obligation to negotiate terms and conditions of an agreement, whose possible non-achievement leads to a “hard exit”. The two-year notice period is instrumental to permit both negotiating parties to prepare and discipline the post-exit situation, this being consistent with (a) the extreme complexity of terminating the membership of a State with the Union, and (b) the need of trying to agree on a regime applicable to the millions of individuals and firms affected by withdrawal. In such a situation, there cannot be any room for interpreting the notice period as an interval for allowing the withdrawing party to review its position during negotiations, depending on their development or likely outcome. *Inter alia*, this would be tantamount to leave to such party a unilateral say on the enormous amount and importance of rights and interests pertaining to the situations (a) and (b) above. Moreover, it would bias the negotiations envisaged by Article 50.2 TEU, against the principle of equality of arms among negotiating States, the paramount obligation of good faith in performing treaties referred to above, and its corollary duty of cooperation as described by the ICJ in the [Gabčíkovo-Nagymaros judgment](#). Besides, the imbalance would be to the detriment of the non-withdrawing Member States as well as of the Union, *i.e.* those who will be suffering the exit without being responsible for this. No doubt a taste of injustice would be added to this already sad situation.

Finally, one must consider that withdrawal does not prevent a former EU member to rejoin: under Article 50.5 TEU «[i]f a State which has withdrawn from the Union asks to rejoin, its request shall be subject to the procedure referred to in Article 49». Again, this provision arguably sets a clear regime for avoiding that the Union is a revolving-door organization. As long as a Member State is in, it is more than welcome. But when it decides (to its full liberty, discretion and satisfaction) that it wishes to withdraw, then its position becomes identical to that of any other candidate to join the Union, and the decision to have it in depends upon the agreed procedures set by the TEU, establishing the agreement of national and EU parliaments, the other EU political institutions, and eventually all Member States.

On the other hand, if I were wrong about non-revocability of withdrawal, then any other Member State would be entitled to threaten exit, notify it to the European Council, open negotiations under Arti-

cle 50.2 and seek to enhance its position within the Union by using “strategically” the withdrawal option. Yet, such opportunistic behaviour of a Member State to (threaten) exit, with a view to changing rules that it previously accepted as binding, would be the end of the Union, even prior to be incompatible with numerous fundamental principles and provisions of the EU law.

In order to try to persuade British and EU stakeholders that withdrawal from the Union by the UK would not be such a disastrous and sorrowful decision, many have started suggesting that Brexit would be a [“Hotel California”-like](#) situation, in which you can check-out any time you like, but you can never leave. Revocation of withdrawal seems to serve the same purpose. In my humble view, I do not think that this should be fostered: the UK has not yet notified its withdrawal; behind the curtains of political declarations, it may be possible that, within the UK, people are seriously considering to undo Brexit before it is formally there. Yet, one should make clear that, once withdrawal is notified, it will be a point of no return. This is the only way to permit that such a grave event for Europe will be decided taking full responsibility therefor, as it must be.

9 December 2016

Brexit: Does notification mean forever?

PIETRO MANZINI (*)

1. Even if it has caused great displeasure to enthusiasts of the current mounting populism, it is now clear that the UK Parliament will play a crucial role in the so-called Brexit procedure. As it is already well known, the UK Supreme Court has confirmed that an act of British Parliament is required to authorise ministers to give notice of the decision of the country to withdraw from the European Union, pursuant to Article 50 (1) TEU (see, in this regard, UK Supreme Court, 24 January 2017, *Judgment (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*). At the time I write the [bill](#) to give such authorization has been passed in House of Commons and the final word of the House of Lords is expected at the beginning of March.

From the EU perspective, the recognition of the central role of the Parliament amounts to an increased possibility that, after giving notice of withdrawal, the UK may change its mind on Brexit. In the *Miller* case (quoted above) both the UK High Court in the first instance and the UK Supreme Court on appeal started from the premise – common to the applicant and the respondent – that the notification pursuant to paragraph 1 of Article 50 is irrevocable. However, on the one hand, the alleged irrevocability of the notification does not preclude any future “change of one’s mind” based on domestic law, and on the other, the only institution that may finally decide on this issue is the Court of Justice, and not national institutions. This is why I believe, following opinion already expressed (see, [Miglio 2017](#)), that the Supreme Court should have referred the question of revocability of the notification to the Court of justice. Even if, as a matter of judicial policy and of political expediency, the reason why it did not is perfectly understandable.

Amid the political turmoil triggered by the Brexit referendum,

(*) Università di Bologna.

the parliamentary majority may well change in UK during the two years' time set out by Article 50 to conclude the exit procedure; or, after considering the results of the negotiation with the EU, Parliament may decide to have a second referendum on the UK's membership of the EU, which may well have the opposite result to the one held last year.

Therefore a decisive question may actually arise: can the withdrawal notice be revoked, or does it mean forever?

Article 50 provides that a Member State may decide to withdraw from the Union by notifying the European Council of its intention. However, it contains nothing on the issue of the State's right to revoke the notice before the withdrawal actually takes place. If the revocation is admissible, the State concerned would remain in the EU, since paragraph 3 of Article 50 declares that the EU treaties shall continue to apply to the withdrawing State until the entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, the expiry of the two-year period provided in the same provision.

In this respect it must be clear that a revocation of the notice should not create particular problems if it is agreed to by the State in question and the European Council with a unanimous decision. To this purpose two [authors](#) have argued that the negotiation provided for in paragraph 2 of Article 50 could end up, instead of an agreement to leave the EU, with an agreement not to leave the EU, or, as an alternative, with a common decision to extend the negotiation indefinitely, and, eventually, the adoption of a Protocol stating that the notification of withdrawal has been revoked. I do not find these arguments wholly convincing. Indeed, the first argument contradicts the terms of Article 50, paragraph 2, which provides that the aim of the negotiation is «setting out the arrangements for the withdrawal», and it does not foresee that the negotiation can be concluded without withdrawal. Differently, the second is contrary to the intention of Article 50, paragraph 3, which is to allow parties to extend the negotiations in order to reach a better or a more comprehensive withdrawal agreement. Accordingly, only on a basis of an evident misinterpretation of Article 50, it is possible to argue that the European Council and the State in question may decide to indefinitely extend the negotiations with the consequence that the withdrawal never happens.

Alternatively, it is my own belief that the revocation of the withdrawal notification agreed by the European Council and the State concerned could be admitted, since it is possible to qualify it as an agreement on the interpretation and application of the EU Treaty, in accordance with Article 31, paragraph 3, of the Vienna [Convention](#) on the Law of Treaties. This solution would be in accordance with international customary law, and – contrary to those mentioned above – would not be in conflict with the terms and the purpose of Article 50, since it would simply clarify its scope, filling a lacuna of its provi-

sions.

2. The *unilateral* revocation of the notice of withdrawal, decided by the State concerned, is admittedly far more troublesome. In this case, by definition, no interpretative agreement between the parties is concluded, and therefore in the light of the terms and purposes of Article 50, the most straightforward solution would seem to deny the possibility of revocation. This would respect the principle according to which *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, which in these circumstances maintains its heuristic value.

Nevertheless, three lines of reasoning have been put forward in order to uphold the possibility to revoke the notice of withdrawal, even unilaterally. The first refers to international treaty law; the second is grounded on a parallelism between the withdrawing procedure laid down in paragraph 3, of Article 50, and an ordinary contractual negotiation; and the third is based on a teleological interpretation of paragraph 1 of Article 50.

Anticipating my conclusions, I would say that I find the first two lines of reasoning unconvincing, while the third one seems more workable, even if it needs a number of qualifications.

The first, and weakest, line of reasoning relies on the possibility of revocation provided for by Article 68 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties, which states that the notification of the withdrawal (or other instruments of international law) «may be revoked at any time before it takes effect». It is argued ([Craig 2016a](#), [Miglio 2016](#)) that this provision, considered as a customary rule and, thus, applicable to the European Union, would support the idea that a unilateral revocation of the decision to leave the Union is admissible within the scope of Article 50.

There are a number of arguments against this opinion.

Firstly, the provision concerning the withdrawal provided for in the Vienna Convention shall apply only where the treaty does not specifically regulate the withdrawal. This can be derived from Article 56 of the same Vienna Convention, which states that a treaty that contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal, unless it is established that the parties intended to allow these possibilities, or a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty. Therefore, it seems rather inappropriate to interpret Article 50, which is a specific provision on withdrawal, by using a rule applicable only where such kind of provisions actually does not exist in the treaty. Moreover, the reference to the Vienna Convention could be used in the opposite way: it can be asserted that Article 68 demonstrates that when States intend to provide the possibility to revoke withdrawal, they do so explicitly. By consequence, in the event that this possibility is not provided for in the ap-

plicable provision, it is not acceptable to derive it by interpretation. Obviously, the fact that Article 68 can be used to reach opposite conclusions greatly weakens its interpretative value.

The above point notwithstanding, the reference to the rules on revocability contained in the Vienna Convention appears rather unfeasible in the context of the European Union. It should be noted that these rules do not have any elements in common with provisions of Article 50 (in this regard I share the view already expressed by [Munari](#)). The aim sought to be achieved by the withdrawal procedure of the Vienna Convention – more specifically Articles 65 to 68 – is primarily to resolve possible disputes between parties about the interpretation or application of the treaties, and not to ensure, for each Member State, the unilateral possibility to withdraw from the Union, which constitutes the fundamental rationale of Article 50. This can be derived, for instance, by the fact that, in accordance with Article 65 of the Vienna Convention, when a State intends to withdraw from a treaty, it must notify the other parties of its claim and the notification must indicate the reasons thereof. If, after a period, which cannot be less than three months after the receipt of notification, no party has raised any objection, the State making the notification may withdraw. However, if an objection has been raised by any other State, the parties must seek a solution through the means indicated by Article 33 of the United Nations [Charter](#). Article 66 of the Convention provides, in this regard, that if no solution is reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, other procedures shall be undertaken in order to resolve the dispute, in particular judicial settlement, arbitration or conciliation. It is in this context that Article 68 states that the notification may be revoked: this possibility is based on the positive resolution of the dispute triggered by the withdrawal notice and by the subsequent objection raised by one or more parties of the treaty.

Article 50 does not provide for any of this. The notice of withdrawal does not need to state the reasons for the State's decision; no Member State can object to the withdrawal and no procedure is set out to resolve the possible dispute. Accordingly, it is clearly inappropriate to refer to the possibility to revoke the notification provided for in the Vienna Convention in order to “read” an analogous possibility in Article 50 TEU, which, as noted, says nothing on the point.

3. A second line of reasoning used to admit a unilateral revocation of the notice of withdrawal within the framework of Article 50 relies on a possible parallelism between the withdrawal procedure laid down in particular in paragraph 3 thereof and the course of an ordinary contractual negotiation. The argument runs as follows: in any negotiation any party may decide to withdraw until the agreement or the contract is concluded; analogously, before the conclusion of the with-

drawal agreement or the expiry of the two-year timeframe provided for in paragraph 3, the State in question must be permitted to leave the negotiations by revoking its notice; since paragraph 3 establishes that the treaties are applicable to the State until the entry into force of the withdrawal agreement or until the two-year time period has elapsed, the “disappearance” of the notification implies that State has no intention of leaving the Union anymore (see on that [Craig 2016b](#)).

Even though the author specifies that his argument should not be interpreted as a way to read into Article 50 something that is not there, I think that, in substance, this is precisely the consequence of this kind of reasoning. To be sure, paragraph 3 merely deals with the moment when the treaties cease to apply to the withdrawing Member State. Neither the text nor the goal of this provision offers the possibility to derive, even implicitly, the right to revoke the notification.

Moreover, it is to be noted that the legal framework arising out of the notification of withdrawal is very different from the background of ordinary contract negotiations. In this kind of negotiations the possibility for each party to interrupt the process and to avoid the conclusion of the contract is perfectly understandable and legitimate.

Firstly, contract negotiations are characterized by the will of the parties to reach a satisfactory result for all. Therefore, it is logical to admit that, in the event this is not possible, any party can refuse to continue. Differently, the notification pursuant to Article 50 does not express the will to conclude an agreement suitable for both parties, but it declares the intention to unilaterally interrupt an agreement already in force. This obvious consideration already clarifies that it is rather simplistic to argue that, in the context of Article 50, general principles governing contractual negotiation, such as the right to change one’s mind, apply.

Secondly, the negotiation for the conclusion of an ordinary contract or agreement does not have, as a prerequisite, either a formal and public decision of one of the parties to reach a specific aim, or the possibility for such a party to unilaterally reach the aim pursued with its decision. Conversely, these are the elements characterizing the withdrawal procedure of Article 50, which, as we have seen, foresees the possibility for the Member State to unilaterally decide to leave the Union and the possibility that the withdrawal from the Union is automatically achieved after two years from the notification, irrespective of the conclusion of an agreement between the State concerned and the Union. These elements generate in the Union and its Member States a strong expectation as regards the outcome of the withdrawal procedure, which does not normally exist in the framework of the ordinary negotiation of agreements or contracts. Within these contexts, indeed, except in special circumstances, no one could have a legitimate expectation that the contract will be effectively concluded. In addition, it should be noted that under such interpretation of Article

50, the right to “change its mind” through the revocation of the notification would be only in the hands of the withdrawing Member State and, by contrast, the Union would not benefit from it, since it could not in any way unilaterally block the withdrawal procedure.

Therefore, only through a very creative interpretation of paragraph 3 of Article 50 and on the basis of an artificial parallelism between the scope of the contract negotiation and the legal framework set up by the withdrawal procedure, it could be concluded that the unilateral revocation of the notice of withdrawal is admissible.

4. Lastly, a third line of reasoning has been proposed in favour of the unilateral revocability of the notification. This reasoning seems more convincing than the others, however, caution is needed.

The argument goes as follows. Paragraph 1 of Article 50 is the only provision that allows the State to decide withdrawal unilaterally; to be specific, it confers to each Member State the right to withdraw from the EU, provided that this decision is taken in accordance with its own constitutional requirements. In the event that the decision to leave is followed by a decision to remain in the EU, the notice of withdrawal would not reflect the constitutional arrangements of the State, and therefore it would not be in compliance with paragraph 1 of Article 50 (this assumption is developed by [Eeckhout and Frantziou](#), but it is also suggested by [Craig 2016b](#)). Accordingly, the State in question should be permitted to revoke the notification. It may be added that this interpretation of the provision concerned is supported by a teleological approach, since the Treaties intend to promote European integration and to create an ever closer union among the peoples of Europe, and thus their rules should be interpreted in accordance with these objectives.

As mentioned before, caution is called for when looking at this argument. On the one hand, the State concerned may abuse the right of revocation ([Eeckhout and Frantziou](#)), *i.e.* it could trigger the withdrawing procedure in order to negotiate preferential conditions for its membership with the Union, and it could decide to revoke or not revoke notification according to the outcome of the negotiations. This approach could be replicated by other Member States with disruptive consequences for the Union.

On the other hand, it should be considered that, as it is evident from Article 50, paragraphs 2-4, once the withdrawal procedure is triggered in accordance with paragraph 1, the membership of the State ceases to be a simple matter of domestic law and it becomes an issue covered by Union law. This law is inspired, *inter alia*, by the principle of good faith in the relations among States from which the corollaries of legal certainty and legitimate expectation arise. In the light of these corollaries, Member States shall apply and interpret the treaties to ensure the stability and foreseeability of the relations with the other par-

ties as much as possible; they shall respect their commitments once they have made them in a way that generates legitimate expectations in the other Member States. The European Parliament has implicitly, but nonetheless clearly, taken a similar stance in its [Resolution](#) on the UK's decision to leave the Union. In the days following Britain's vote, the EU Parliament invited the UK to notify the withdrawal pursuant to Article 50 as soon as possible «in order to prevent damaging uncertainty for everyone and to protect the Union's integrity». It is now clear that if damaging uncertainties are likely to be generated by a mere delay in the withdrawal notification, they would be caused *a fortiori* by a revocation of the notice of withdrawal, once this notice has been formally submitted to the Union. There is no doubt that a withdrawal decision taken consistently with the constitutional requirements of a Member State raises for the Union and for the other Member States the legitimate expectation that such a decision has been seriously and carefully taken and, therefore, it will be maintained.

In light of the above, the unilateral revocation of the withdrawal could be admitted, on the condition that abuses are avoided and that the principles of legitimate expectations and of legal certainty are respected. According to the opinion of those that have supported the argument in question, in order to protect the first instance, the revocation decision must be taken in good faith. I am ready to accept this position as long as the meaning of revocation in “good faith” can be reasonably clarified. To this regard, I think that four conditions must be met: (a) the revocation decision shall be taken in compliance with domestic constitutional requirements; (b) in order to avoid the risk of abuses, no prior revocation can be attributed to the State concerned; (c) the revocation should be unconditional, *i.e.* the State in question shall return to its original position in the Union; (d) lastly, the revocation shall be made within a reasonable time, namely not close to the end of the withdrawal negotiations when the results are already foreseeable.

As regards the principles of legal certainty and legitimate expectations, it is worth recalling that the European Court of Justice, in [Cargill v. Commission](#), ruled that any Community institution has the right to withdraw a measure tainted with illegality within a reasonable period with retroactive effect (case C-248/89, EU:C:1991:264). However, that right may be restricted by the need to fulfil the legitimate expectations of a beneficiary of the measure, who has been led to rely on the lawfulness thereof. These conditions should apply, *mutatis mutandis*, to the revocation of the withdrawal notice; accordingly, the revocation should be timely and it should provide the restoration of the legal position formerly enjoyed by those who relied on the fact that the withdrawal decision was permanent.

To sum up, the values of European integration and of an ever

closer union among the peoples of Europe could lead to an interpretation of paragraph 1 of Article 50 that allows the unilateral revocation of the withdrawal notice, despite this provision having a different scope and objective. Let's be honest: it would be amusingly ironic that the only way the UK could return to the EU family would be to invoke the main reason it left, namely the principle of an ever closer union.

17 February 2017

Of courts, politics and EU law: The UK Supreme Court's failure to refer and its consequences

ALBERTO MIGLIO (*)

The much-awaited [judgment](#) of the UK Supreme Court in the *Miller* case has attracted mixed commentaries. Some have praised it as a well-balanced piece of judicial wisdom that upholds a fundamental constitutional principle and reinstates Parliament at the centre of the political debate ([Peers](#), [Solanke](#)). Others have criticized it as a missed opportunity, especially for refusing the devolved assemblies a say in the Brexit process ([Dawson](#)). This post does not have the ambition to provide a comprehensive overview of the judgment, a task that others have already accomplished ([Elliott](#), [R. Craig](#), [Davies](#)), and that the author would be too ill-equipped to undertake. Its purpose is rather to propose some reflections on a point that should have caught the attention of the lawyer familiar with European Union law.

The question brought to the courts in the *Miller* case – Is it for Parliament or for the Government to trigger Brexit? – is certainly one of national law. This follows from the wording of Article 50(1) TEU, which provides that a Member State may decide to withdraw from the European Union «in accordance with its own constitutional requirements». Yet this question of purely internal law is intertwined with questions of EU law. One of those is whether the notice of the intention to withdraw from the Union, once given, may be revoked.

It is a point that Article 50 TEU does not regulate expressly. Article 50(2) TEU only provides that the notice marks the beginning of the exit process. It is only after notification that both parties – the EU and the withdrawing Member State – are expected to negotiate an agreement to regulate the exit. If negotiations are successful and the agreement is concluded within two years from the notice, or a longer period in case the European Council decides to extend the deadline,

(*) Università di Torino.

the withdrawal will be consensually regulated. If, on the contrary, no agreement is reached, when the time limit expires the EU Treaties will cease to apply to the departing Member State, which will suddenly become a third country: the hardest of possible Brexits, much harder than the “hard Brexit” currently envisioned by the UK Prime Minister.

Article 50 TEU is silent on whether this process may be stopped at any stage between the notice and the deadline. Silence, it is known, may have different meanings. It could signify, for instance, that revocability is an issue left to national law. There would seem to be some merit in this proposition: if it is for the withdrawing Member State to decide, according to its own constitutional rules and procedures, how the notice is to be given, why should it not be a matter for the State to decide whether the march towards exit can be reversed?

Yet, this view is untenable. First, the procedure devised by Article 50 TEU has a well-defined turning point, which is the notice. Before the intention to withdraw is notified, the EU is not involved and every question on the steps to be followed – for instance, on the value of a referendum on withdrawal, on the need and degree of parliamentary involvement – is solely a matter of national law. By contrast, after notice is given, the EU steps in. From this moment on the process of withdrawal becomes bilateral and the procedure is regulated by Article 50 TEU. The mere fact that the Treaty does not settle the question *expressly* does not mean that it is not a question of EU law.

Second, this conclusion is supported by the express *renvoi* to national law, which only relates to the steps preceding the notice and does not extend to what comes next. If a reference to national law was needed to clarify that part of the procedure falls outside the scope of EU law, *a contrario* all other aspects of the withdrawal procedure should be deemed to be regulated by the Treaties, expressly or impliedly. The fact that the solution to the problem of revocability may depend on international law does not contradict this conclusion. The silence of Article 50 could well signal a gap that has to be filled by referring to general international law: apparently most commentators share this view, since arguments on revocability usually revolve around the controversial customary nature and the equally controversial interpretation of Article 68 of the Vienna [Convention](#) on the Law of Treaties (see especially [Streeten](#), [Rylatt](#), [Munari](#)). But whether there is actually a gap to be filled by customary international norms or Article 50 TEU prevails instead as a special rule is itself a question of interpretation of Article 50, which can only be answered by the Court of Justice.

Third, even if those arguments were to be disregarded despite their strength, it would be unreasonable to view the revocability of the notice solely as a question of domestic law. Once the EU, through the notification, has been involved in the withdrawal process, the question whether the notice may or may not be revoked is no longer of interest

to the departing Member State alone. The Union and the other Member States have an equally important and legitimate interest in knowing whether the process can be reversed. Thus, the answer cannot be different from Member State to Member State: ultimately, it cannot depend on national law alone, but needs to be determined uniformly by EU law.

Of course, this does not amount to denying that the domestic law of the Member State concerned is *also* relevant. Revocation of the notice could be permitted under EU law but precluded by domestic constitutional law. In such case, the Member State concerned would be barred from revoking the notice by its internal constraints, despite the more liberal stance taken by the EU legal order. The reverse would not be true: if EU law does not permit revocation, then it does not matter whether domestic law allows it and departure becomes unavoidable once notice is given.

Knowing whether the notification may be revoked is crucial, as it is a variable likely to affect the behaviour of all relevant players in the Brexit process ([Davies](#)). These include the UK Government and the EU institutions involved in the negotiating process, since the issue is likely to affect the conduct and outcome of the negotiations, but also the UK Parliament which has now been granted the right to decide on the triggering of the withdrawal mechanism, the other Member States and the citizens at large.

Given the importance of the reversibility question for Brexit, any opportunity to decide it at an earlier stage, before notification is made, should have been welcomed and seized. As some authors have pointed out, the *Miller* case provided precisely such opportunity (see, for instance, [Peers](#), [Sarmiento](#), [Lang](#), [Sanchez Graells](#), [Solanke](#)). Although the question of revocability was not actually litigated, both the High Court and the Supreme Court assumed the answer to this controversial question of EU law as the starting point of their analysis. Thus, since the issue was relevant for deciding the case, both the High Court and the Supreme Court would have been entitled to refer a question for preliminary ruling to the Court of Justice in Luxembourg, the only judicial body competent to authoritatively settle issues of interpretation of EU law. Indeed, references for preliminary ruling enjoy a presumption of relevance (see, *ex multis*, case C-210/06, [Cartesio](#), EU:C:2008:723; case C-399/11, [Melloni](#), EU:C:2013:107; case C-62/14, [Gauweiler](#), EU:C:2015:400), meaning that the Court of Justice will provide an answer unless

«it is quite obvious that the interpretation, [...] sought bears no relation to the actual facts of the main action or its purpose, where the problem is hypothetical, or where the Court does not have before it the factual or legal material necessary to give a useful answer to the questions submitted» ([Gauweiler](#), para. 25).

Moreover, the UK Supreme Court not only had the power to make the reference, but also a duty to do so. According to Article 267(3) TFEU, where a question concerning the interpretation of a provision of the EU Treaties is raised in a case pending before a court against whose decisions there is no judicial remedy under national law, the national court is obliged to submit the question to the Court of Justice of the European Union.

For the obligation to arise, two further conditions must be satisfied: the question must be controversial and the answer needed in order to adjudicate the case. Both requirements were manifestly met in the *Miller* case.

No one seriously doubts that the issue of whether a Member State may revoke its decision to leave the European Union is controversial. It has been fiercely debated among scholars for months following the Brexit referendum and ingenious arguments have been made in support of both positions (see, among others, [Piris](#), [P. Craig](#), [Syrpis](#), [Streeten](#), [Rylatt](#), [Eeckhout & Frantziou](#), [Sari](#), [Munari](#), [Tosato](#)). Thus, as the question is clearly one of EU law as demonstrated above, the first condition was met.

What about the second? In all stages of litigation, the parties agreed that an Article 50 notice is irrevocable. Like the High Court, the Supreme Court relied on this assumption without questioning it. It admittedly refrained from «expressing any view» on the issue, but proceeded on the premise that the parties' understanding was correct, namely that «once the United Kingdom gives Notice, it will inevitably cease at a later date to be a member of the European Union and a party to the EU Treaties» (para. 26 of the [judgment](#)).

The Court's main argument in support of Parliament's right to decide on the initiation of the withdrawal process is based on the special nature of the European Union legal order and the magnitude of change leaving the European Union would bring to the UK constitution.

At para. 81, the Court stated:

«A complete withdrawal represents a change which is different not just in degree but in kind from the abrogation of particular rights, duties or rules derived from EU law. It will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act. And, *if Notice is given, this change will occur* irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone» (emphasis added).

This statement makes sense only if such fundamental constitutional change is an inevitable consequence of notifying according to Article 50 TEU. The Court expressed this assumption in even clearer terms at para. 92, where it distinguished

«between (i) ministers having a freely exercisable power to do something whose exercise may have to be subsequently explained to Parliament and (ii) ministers having no power to do that thing unless it is first accorded to them by Parliament. The major practical difference between the two categories, *in a case such as this where the exercise of the power is irrevocable*, is that the exercise of power in the first category pre-empts any Parliamentary action» (emphasis added).

The Supreme Court seems to assume that whether the notification is revocable «would make no difference to the outcome of these proceedings» (para. 26; nevertheless, the exact meaning of this quote is [controversial](#)), but this proposition is logically untenable: if the process is reversible, it is not the notice, but only the failure to withdraw it that brings about a fundamental constitutional change requiring Parliamentary approval. Since the Supreme Court premised the judgment on the irrevocability of the notice, deciding on that very issue, although incidentally, was a necessary step to solve the case. Ironically, in the same judgment the Supreme Court recognized the duty of all UK courts «to refer unclear points of EU law to the Court of Justice» (para. 64). Despite this statement, it refrained from performing that very obligation when EU law required it to do so.

The Court's reluctance to make a reference for preliminary ruling is understandable in light of the high political pressure surrounding the *Miller* case – remember the infamous front [page](#) of the Daily Mail the day after the High Court's judgment. But as a matter of law, the existence of an obligation to refer questions of EU law to the Court of Justice may not depend on the importance or the political sensitivity of the case. Quite to the contrary, the higher the stakes, the more compelling the duty to abide by the rules.

In addition, while upholding the right of Parliament to decide on withdrawal, by refusing to have the Court of Justice involved and the revocability dilemma solved once and for all, the Supreme Court actually did a disservice to Parliament ([Sanchez Graells](#)). Understandably, attention is now being paid to how Parliament can effectively constrain the Government in the negotiations (see [Peers](#), [King](#), [Davies](#)), a problem the judgment left for politics to resolve. There have been claims that Parliament should attempt to impose a negotiating position, such as retention of at least some degree of participation in the internal market (see, for instance, [Fabbrini](#)). Yet, any condition the

UK Parliament is able to obtain by amending the Article 50 [Bill](#) clearly has a different value depending on whether the notification is revocable. If Brexit is inevitable after notice, then Parliament cannot effectively make the withdrawal subject to any condition: if negotiations do not deliver the expected outcome, Parliament will be left with the choice to consent to ratification of the eventual withdrawal agreement or not, but will not be able to reverse the process. By contrast, if the notice can be revoked, it may decide to prevent the exit if it deems the eventual outcome of the negotiations unacceptable. Although this possibility appears extremely remote today, this might not necessarily be the case in two years' time.

In conclusion, what are the consequences of the Supreme Court's reliance on the irrevocability argument and of its refusal to refer the question to the Court of Justice?

First, an opportunity to obtain a preliminary ruling on a highly controversial question has been lost, but others may come in the next months. Legal proceedings [have been initiated before the High Court in Dublin](#) with the purpose of determining whether a Member State can revoke an Article 50 notification unilaterally or whether that act requires the consent of the other Member States. The plaintiffs will seek to convince the High Court that it should refer a question for preliminary ruling to the Court of Justice, although from the information available it is hard to predict whether the reference may be deemed admissible. Eventually, the way to Luxembourg may not go through London, or even through Dublin, but the Court of Justice is likely to get involved sooner or later.

Second, although the failure of a court of last instance to refer a question for preliminary ruling as required by the Treaty undoubtedly amounts to a breach of EU law obligations, the breach is unlikely to be sanctioned in any way. In particular, it is totally implausible that the Commission would start infringement proceedings against the United Kingdom, as some authors have suggested ([Lang](#)). There is no reason why the Commission should do so, as that action would be highly unpopular and would hardly provide incentives for compliance with EU law.

Equally implausible are actions for damages brought by individuals against the State (a possibility mentioned by [Peers](#)). The applicants would have to demonstrate that they have suffered a loss and that the loss is a direct consequence of a sufficiently serious breach of an EU law provision intended to confer rights on individuals. A violation of the duty to refer can be qualified as "sufficiently serious", since the Court of Justice – in the [Köbler](#) and [Traghetti del Mediterraneo](#) cases (case C-224/01, EU:C:2003:513 and case C-173/03, EU:C:2006:391, respectively) – mentioned non-compliance with such obligation as one of the indicators of the seriousness of the breach. However, it is extremely unlikely that the applicants can prove either

that a provision granting rights to them has been infringed or that they have suffered a loss as a direct consequence of the Supreme Court's failure to refer in the Miller case – where, by the way, none of the parties requested the Court to do so.

The consequences on the UK political dynamics may be of greater importance. Even after the Supreme Court's judgment, revocation of the notice is not necessarily precluded as a matter of UK constitutional law. After all, albeit accepting the parties' assumption, the Court wisely noted that it had not expressed any view on the issue of revocability, which is thus left open. But once Parliament finally authorizes the notice on the – [arguably wrong](#) – assumption that there is no way back, is the chance of future revocation not already undermined by the Parliament's commitment to Brexit?

Ironically, the fight for the rights of Parliament might have ultimately undermined the best chance Remainers had to have a say in the withdrawal process.

30 January 2017

Il labirinto delle linee rosse, ovvero: chi giudicherà la *Brexit*?

FEDERICO CASOLARI (*)

Mentre viene definendosi l'*iter* che dovrebbe portare, salvo sorprese, all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (UE), risulta sempre più evidente che una delle questioni centrali nei negoziati sulla conclusione dell'Accordo di recesso sarà quella relativa all'individuazione del meccanismo di risoluzione delle eventuali controversie tra le Parti contraenti sull'interpretazione ed applicazione dell'Accordo medesimo.

In effetti, si tratta di un aspetto non di poco conto se si considera che l'Accordo di recesso dovrebbe definire, tra l'altro, le modalità di adempimento, da parte del Regno Unito, degli obblighi finanziari che esso ha assunto durante la sua partecipazione all'Unione (si [parla](#), al riguardo, di una *exit bill* che potrebbe sfiorare i 60 miliardi di euro), oltre che la gestione dei diritti acquisiti da singoli (in particolare dai cittadini europei) alla luce del diritto UE.

Questa circostanza spiega anche il motivo per il quale un tema che è stato affrontato dall'Unione innumerevoli volte nel corso dei negoziati portati avanti e conclusi con Stati terzi (sono in effetti molteplici gli esempi di meccanismi di risoluzione delle controversie contenuti negli accordi stipulati dall'organizzazione) acquista una dimensione del tutto inedita se collocato nel quadro delle relazioni che verranno disciplinate dall'Accordo di recesso. Ciò dipende, appunto, dal carattere senza precedenti di tale Accordo. Non si è mancato, peraltro, di evidenziare, alla luce di un parallelismo con gli accordi di adesione conclusi *ex art. 49, co. 2, TUE*, la natura sostanzialmente "costituzionale" dell'Accordo in questione (così, ad es., Sarmiento, nel corso di un [seminario](#) tenutosi presso il *Real Colegio de España* di Bologna il 23 marzo 2017).

(*) Università di Bologna.

Le posizioni del Regno Unito e dell'UE riguardo al sistema di soluzione delle controversie da incorporare nell'Accordo di recesso appaiono distanti. Il Governo di Sua Maestà ha chiarito, nel [Libro bianco](#) su «The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union» – che è stato adottato nel febbraio di quest'anno –, che la Corte UE non potrà esercitare la funzione di giudice delle liti. Le parole utilizzate in proposito svelano una diffidenza profonda nei confronti dell'istituzione sovranazionale:

«The CJEU is amongst the most powerful of supranational courts due to the principles of primacy and direct effect in EU law. We will bring an end to the jurisdiction of the CJEU in the UK» (*ibid.*, punto 2.3).

Le ragioni di una simile diffidenza non sono peraltro difficili da intuire: l'azione svolta dalla Corte di giustizia si caratterizzerebbe, secondo il numero 10 di *Downing Street*, per un eccessivo *judicial activism*, volto ad estendere *in ogni caso* l'ambito di applicazione del diritto UE, a scapito di quello del diritto nazionale (per alcune ulteriori considerazioni in proposito v. [qui](#)). Dal punto di vista del Regno Unito, dunque, la Corte UE non solo non potrebbe agire da arbitro imparziale dell'Accordo di recesso, ma rischierebbe, col suo operato, di ridimensionare il processo di riappropriazione di sovranità (anche normativa) attivato dal Paese il 29 marzo scorso colla notifica dell'intenzione di recesso. Questo spiega anche il motivo per cui la rimozione della giurisdizione della Corte UE dal tavolo dei negoziati costituisce al momento una delle linee rosse oltre le quali il Regno Unito non intende spingersi (v. in proposito il [Rapporto](#) su «The Government's negotiating objectives: the White Paper», licenziato il 29 marzo 2017 dall'*Exiting the European Union Committee* dell'*House of Commons*, punto 8, p. 4).

La posizione dell'Unione europea, si diceva, è distante. Come noto, il Consiglio europeo si [riunirà](#) il 29 aprile prossimo per discutere gli orientamenti da assumere in vista dei negoziati sull'Accordo di recesso. È tuttavia già disponibile da alcuni giorni la [proposta](#) che ha elaborato il Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk, e che verrà posta all'attenzione dai Capi di Stato e di Governo dei 27 Stati membri. Nel documento si legge quanto segue:

«The withdrawal agreement should include appropriate dispute settlement mechanisms regarding the application and interpretation of the withdrawal agreement, as well as duly circumscribed institutional arrangements allowing for the adoption of measures necessary to deal with situations not foreseen in the withdrawal agreement. *This should be done bearing in mind the Union's interest to effectively protect its autonomy and its legal order, in-*

cluding the role of the Court of Justice of the European Union» (ibid., punto 16; corsivo aggiunto).

Come si vede, viene chiaramente evidenziata la necessità che il meccanismo di risoluzione delle controversie da inserire nell'Accordo di recesso preservi il ruolo che i Trattati istitutivi affidano alla Corte di giustizia (e, cioè, ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE, la garanzia del rispetto del diritto nell'interpretazione ed applicazione dei Trattati). Resta tuttavia da definire come ciò debba avvenire *in concreto*.

Più esplicita – e *tranchant* – la posizione espressa dal Parlamento europeo nella [Risoluzione](#) adottata il 5 aprile scorso sui «Negozianti con il Regno Unito a seguito della notifica della sua intenzione di recedere dall'Unione europea». Vi si legge, infatti, che l'Accordo di recesso dovrebbe contenere «la designazione della Corte di giustizia dell'Unione europea quale autorità competente per l'interpretazione e l'applicazione dell'Accordo [medesimo]» (punto 17). Nella risoluzione il Parlamento sembra poi tracciare a sua volta una linea rossa dei negoziati, affermando che:

«l'adesione al mercato interno e all'unione doganale [da parte del Regno Unito] comporta l'accettazione delle quattro libertà, *la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, i contributi al bilancio generale e il rispetto della politica commerciale dell'Unione europea» (*ibid.*, punto 10; corsivo aggiunto).

Tenuto conto di quanto precede, il presente contributo intende illustrare quali scenari sono, in linea teorica, ipotizzabili rispetto al tema evocato, delineandone i rispettivi limiti e le potenzialità. Esso non si occupa invece della questione, solo in parte analoga (e [spesso](#), erroneamente, confusa con la prima), relativa all'individuazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie nell'accordo che dovrà stabilire le future relazioni tra l'Unione ed il Regno Unito. Del pari, non viene considerato il tema delle controversie che coinvolgono singoli, tema, quest'ultimo, che richiederebbe altresì una valutazione dell'efficacia degli obblighi contratti dall'Unione e dal Regno Unito alla luce della *Brexit*.

Con una certa approssimazione, può dirsi che cinque sono le principali opzioni a disposizione dei negoziatori. Esse sono richiamate sommariamente a seguire.

Opzione A: incorporazione, nell'Accordo di recesso, di un meccanismo di risoluzione delle controversie basato sul dialogo politico tra le Parti.

Si tratta di una soluzione certamente immaginabile, peraltro già

prevista in altri accordi conclusi dall'Unione con Stati terzi. È tuttavia assai improbabile che il meccanismo di risoluzione delle controversie incorporato nell'Accordo di recesso si limiti a menzionare l'obbligo di consultazione tra le Parti. In altri termini, è logico aspettarsi che tale obbligo, laddove previsto, venga inserito in un più elaborato meccanismo, rappresentando la prima fase che le Parti debbono attivare nel tentativo di pervenire in buona fede ad una soluzione concordata. Esempi recenti di tale impostazione si rinvencono, ad esempio, nell'[Accordo](#) di Associazione tra l'UE e l'Ucraina e nell'[Accordo](#) economico e commerciale globale tra UE e Canada (CETA), ove l'obbligo di consultazione tra le Parti precede la possibilità di apertura di una procedura di arbitrato (artt. 303 ss. e artt. 29.1 ss., rispettivamente).

È auspicabile invece, per ovvie ragioni di opportunità politica, che l'Accordo di recesso non adotti una soluzione simile a quella che è accolta in altri accordi conclusi dall'Unione – per esempio nell'[Accordo](#) stipulato con la Confederazione svizzera e relativo ai criteri e ai meccanismi che permettono di determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di asilo introdotta in uno degli Stati membri o in Svizzera (art. 7) –, soluzione in base alla quale, laddove non si pervenga ad una composizione della controversia in sede politica entro un determinato termine, l'accordo in questione cessa di essere applicabile.

Alla luce di quanto precede, l'opzione in parola deve considerarsi complementare con tutte quelle che seguono, che sono da intendersi, invece, fra loro alternative.

Opzione B1: inclusione, nell'Accordo di recesso, di una clausola di arbitrato o di regolamento giudiziale, che non veda l'attribuzione alla Corte UE del ruolo di giudice.

Questa ipotesi si fonda su di una prassi già invalsa nelle relazioni tra soggetti della Comunità internazionale, prevedendo una clausola che consenta, mediante manifestazione unilaterale di volontà, di attivare un procedimento arbitrale o un regolamento giudiziale. In quest'ultimo caso, evidentemente, la clausola non prevedrebbe la giurisdizione della Corte di giustizia ma quella di altro tribunale internazionale. A questo proposito, si è ipotizzata la possibilità di riconoscere la giurisdizione della [Corte internazionale di giustizia](#) (CIG); l'ipotesi appare in realtà estremamente remota, tenuto conto, tra l'altro, che, in base all'art. 34, par. 1, del suo [Statuto](#), la CIG può risolvere solo controversie *tra Stati* (sulla questione si avrà comunque modo di tornare a seguire, nell'analisi dell'opzione B2).

La clausola compromissoria, inoltre, dovrebbe auspicabilmente risultare “completa”, essendo poco utile l'inserimento nell'Accordo di recesso di una clausola incompleta che richieda poi la stipulazione di

un accordo successivo per poter pienamente operare.

Ora, benché astrattamente percorribile, l'opzione in parola non manca di sollevare, ad uno sguardo più attento, alcune questioni importanti, che è utile richiamare brevemente in questa sede. Si tratta, peraltro, di questioni che riguardano proprio – e non è un caso – la posizione della Corte di giustizia.

Non bisogna infatti dimenticare che l'Accordo di recesso, alla stregua di qualsiasi altro accordo internazionale concluso dall'Unione con Stati od organizzazioni internazionali (tralasciando ovviamente qualsiasi considerazione sull'ipotetica natura "costituzionale" che esso, secondo taluni, assumerebbe), sarà riconducibile a tutti gli effetti nel novero degli atti compiuti dalle istituzioni UE produttivi di effetti giuridici vincolanti nei confronti dei terzi (la questione è stata chiarita una volta per tutte dalla Corte UE nel [leading case Haegeman](#), causa 181/73, EU:C:1974:41, punti 3-5). Pertanto, esso sarà suscettibile del sindacato di legittimità svolto dalla Corte di giustizia (v. per tutte la [sentenza](#) della Corte nel caso *Kadi II*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, punti 281-282).

Da quanto detto consegue certamente che l'Accordo – o la relativa decisione di conclusione adottata dal Consiglio ai sensi dell'art. 50, par. 2, TUE – sarà impugnabile *ex post* innanzi alla Corte (in base all'art. 263 TFUE). O potrà essere oggetto di una eccezione di illegittimità (ai sensi dell'art. 277 TFUE) o di un rinvio pregiudiziale di validità (alla luce dell'art. 267, co. 1, lett. *b*), TFUE). Meno scontata è la possibilità che la Corte di giustizia possa essere chiamata a pronunciarsi *ex ante* sulla compatibilità dell'Accordo coi Trattati istitutivi (secondo quanto previsto dall'art. 218, par. 11, TFUE). La procedura di conclusione dell'Accordo di recesso è infatti sottoposta a regole speciali, che solo in parte coincidono con quelle (generali) previste dall'art. 218 TFUE. Più precisamente, il richiamo all'art. 218 contenuto nel par. 2 dell'art. 50 TUE – che descrive l'*iter* di conclusione dell'Accordo – è limitato al suo par. 3, dedicato alle modalità di conduzione dei negoziati. Se ne dovrebbe dunque logicamente dedurre che tutte le altre disposizioni dell'art. 218, compresa quella che consente l'intervento consultivo della Corte, non siano applicabili all'Accordo *de quo* (per un'opinione diversa v. [Pistoia](#)). È comunque possibile, se non addirittura probabile, che il testo dell'Accordo di recesso – quando (e se) disponibile – sarà sottoposto al sindacato preventivo della Corte, che potrà dunque far chiarezza sul punto, riconoscendo o meno la propria giurisdizione consultiva.

Quale che sia la procedura seguita, la Corte di giustizia potrà comunque esprimersi sulla compatibilità dell'Accordo col diritto UE (ove sollecitata a farlo, evidentemente). E non è difficile immaginare che tra i possibili profili di illegittimità sui quali essa potrà essere chiamata a pronunciarsi vi sia proprio quello relativo alla clausola compromissoria in discussione.

Non mancano, al riguardo, importanti precedenti giurisprudenziali. Come noto, la Corte di giustizia, pur non escludendo *a priori* la compatibilità col diritto dell'Unione di un accordo internazionale da essa concluso che preveda l'istituzione di un organo incaricato di fornire un'interpretazione vincolante delle sue disposizioni (v., per tutti, il [parere 2/13](#) sull'adesione dell'Unione alla CEDU, EU:C:3014:2454, al punto 182), si è dimostrata sin qui assai riluttante nell'accettare una simile eventualità (per una visione di insieme sulla giurisprudenza rilevante v. da ultimo [Lock](#), p. 74 ss.). In particolare, essa ha chiarito che:

«un accordo internazionale può incidere sulle sue competenze soltanto a condizione che siano soddisfatte le condizioni essenziali per la preservazione della natura di tali competenze e che dunque non venga pregiudicata l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione» (*ibid.*, punto 183; corsivo aggiunto).

Tra le condizioni o, se si vuole, le linee rosse fissate dalla Corte per tutelare l'autonomia dell'ordinamento vi è anche quella secondo cui la competenza decisionale attribuita ad un arbitro o ad un tribunale sulla base di un accordo concluso dall'UE «non deve avere come effetto di imporre all'Unione e alle sue istituzioni, nell'esercizio delle loro competenze interne, un'interpretazione determinata delle norme del diritto dell'Unione» (*ibid.*, punto 184). Ora, come può agevolmente intuirsi è difficile che una simile condizione possa essere garantita nello scenario in esame. È infatti evidente che l'eventuale valutazione – in sede contenziosa – degli obblighi delle Parti contraenti derivanti dall'Accordo di recesso ben potrebbe vincolare le istituzioni dell'Unione, Corte di giustizia compresa, ad una precisa interpretazione di norme sovranazionali (ad es. in tema di diritti derivanti dalla cittadinanza europea), minando pertanto l'autonomia dell'ordinamento UE così come essa risulta attualmente ricostruita nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo.

Si potrebbe ipotizzare, per sanare il potenziale *vulnus* arrecato alle caratteristiche specifiche del diritto dell'Unione e del suo ordinamento, l'inserimento, nell'ambito del meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'Accordo, di una procedura obbligatoria (non dunque frutto della mera *comity* tra corti internazionali) che preveda il previo coinvolgimento della Corte di giustizia. Si tratterebbe, cioè, di consentire alla Corte UE di pronunciarsi in modo vincolante (per l'organo di risoluzione della controversia) su qualsiasi questione pregiudiziale che riguardi il diritto dell'Unione europea. Anche questa ipotesi, tuttavia, appare di difficile realizzazione. Ad ostacolarla è la posizione negoziale assunta dal Regno Unito, che evidenzia – come visto – un'assoluta chiusura nei confronti dell'attribuzione di giurisdizione alla Corte UE. Non aiutano nemmeno le condizioni, particolar-

mente gravose, poste dalla Corte di giustizia per la compatibilità di una siffatta procedura col diritto UE. Tali condizioni sono state fissate nel già citato [parere](#) 2/13 sull'adesione dell'Unione alla CEDU. Qui la Corte, analizzando il procedimento di coinvolgimento previo contenuto nel relativo Progetto di accordo (all'art. 3, par. 6), ha precisato che la legittimità di un simile meccanismo dipende dal fatto che:

- a) il carattere pregiudiziale della questione di diritto dell'UE venga valutato *esclusivamente* dalla Corte di giustizia, colla conseguenza che per ogni procedimento contenzioso attivato innanzi al sistema di risoluzione delle controversie occorrerebbe trasmettere una nota informativa «completa e sistematica» alla Corte, in modo da consentirle di valutare se vi siano questioni pregiudiziali di diritto UE da risolvere, consentendole, in caso positivo, di attivare l'apposita procedura (*ibid.*, punti 238-241); e che
- b) la Corte di giustizia possa pronunciarsi su una qualsiasi delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 267, co. 1, TFUE, dunque sull'interpretazione tanto del diritto primario quanto del diritto derivato e sulla legittimità degli atti vincolanti (*ibid.*, punti 242-247).

Come ricordato in dottrina ([Cannizzaro](#), p. 633), tali condizioni sembrano invero «portare alle estreme conseguenze l'idea dell'autonomia [dell'ordinamento UE]», rendendo dunque particolarmente difficile il raggiungimento di un compromesso accettabile per entrambe le Parti nel negoziato sull'Accordo di recesso.

Evidentemente, considerazioni analoghe a quelle sin qui svolte potrebbero avanzarsi pure nell'ipotesi (per la verità assai remota) in cui – in assenza di una clausola compromissoria nell'Accordo di recesso – l'Unione europea decida di concludere col Regno Unito un accordo *ad hoc* per la risoluzione di una controversia su di esso che sia sorta in un momento successivo alla sua entrata in vigore.

Opzione B2: nessuna intesa viene raggiunta riguardo alla risoluzione delle controversie sull'interpretazione o applicazione dell'Accordo di recesso (ad eccezione dell'eventuale ipotesi di cui all'opzione A).

Tenuto conto degli ostacoli ipotizzabili nel caso di inserimento di una clausola di arbitrato o di regolamento giudiziale nell'Accordo di recesso, i negoziatori delle rispettive Parti potrebbero decidere ... di non decidere, escludendo qualsiasi riferimento, nel concludendo l'Accordo, alle suddette procedure di risoluzione delle controversie.

Un simile scenario, peraltro, non impedirebbe affatto il ricorso a meccanismi di composizione delle liti *esterni* all'ordinamento giuridico dell'Unione.

Anzitutto, ben potrebbero essere attivati i meccanismi già previ-

sti dagli accordi internazionali multilaterali di cui l'Unione e il Regno Unito sono parti (si pensi ad es. al [Dispute Settlement Mechanism](#) facente capo all'Organizzazione Mondiale del Commercio o al sistema di risoluzione delle controversie previsto nella [parte XV](#) della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare). Ciò, evidentemente, sul duplice presupposto che: (a) trovino applicazione i regimi multilaterali cui tali meccanismi si applicano e (b) vengano rispettati i principi che, sul fronte interno all'Unione, regolano la partecipazione delle sue istituzioni al procedimento di soluzione delle controversie rilevante (sul *locus standi* dell'Unione innanzi ad organi internazionali di risoluzione delle controversie, v. in generale [Rosas](#), nonché [Hillion e Wessel](#); con riguardo invece alle implicazioni istituzionali che ne derivano a livello UE, v. [Schiano di Pepe](#), in commento alla [pronuncia](#) resa dalla Corte di giustizia il 6 ottobre 2015 nel caso *Consiglio c. Commissione*, causa C-73/14, EU:C:2015:663).

In secondo luogo, non si può escludere il sorgere di una controversia internazionale tra uno o più Stati membri dell'Unione ed il Regno Unito. Qualora, ad esempio, il Regno Unito non ritenga di dover adempiere pienamente agli obblighi finanziari assunti nei confronti dell'Unione, obblighi cui probabilmente l'Accordo di recesso dedicherà una specifica disciplina, potrebbe accadere che – su autorizzazione del Consiglio – uno o più Stati membri azionino meccanismi di soluzione controversie contenuti in accordi di cui sono parti assieme al Regno Unito. In altri termini, utilizzando una efficace metafora coniata dalla Corte di giustizia nel [1981](#) (nella pronuncia *Commissione c. Regno Unito*, causa 804/79, EU:C:1981:93) e recentemente ripresa da [Marise Cremona](#) proprio con riguardo all'azione esterna dell'Unione, gli Stati membri potrebbero essere autorizzati ad agire come «trustees of the common interest» dell'Unione europea al fine di ottenere l'*enforcement* degli obblighi previsti dall'Accordo di recesso. Restando nell'esempio appena richiamato, potrebbe dunque accadere che la Germania, su impulso del Consiglio (che dovrebbe adottare una decisione *ad hoc*), invochi l'art. 1 della [Convenzione](#) europea per la soluzione pacifica delle controversie al fine di sottoporre la questione alla Corte internazionale di giustizia (tale Convenzione, come noto, è stata invocata proprio dalla Germania per radicare la giurisdizione della CIG nella [controversia](#) con l'Italia relativa alle immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile). In un caso simile, peraltro, la CIG dovrebbe – a termini dell'art. 34, par. 3, del suo [Statuto](#) – informare l'Unione europea, trasmettendole copia di tutti gli atti del procedimento scritto. Inoltre, ai sensi del par. 2 della medesima disposizione, l'Unione – di propria iniziativa o su richiesta della Corte – potrebbe fornire informazioni ritenute utili per la soluzione della controversia. Occorre peraltro segnalare che, benché realistica (secondo quanto riportato da alcuni organi di [stampa](#) essa sarebbe espressamente menzionata in un documento riservato predisposto per il Ministro delle Fi-

nanze tedesco), tale ipotesi è stata recentemente revocata in dubbio dal Parlamento inglese. In particolare, in un [Rapporto](#) su «Brexit and the EU budget», adottato nel mese di marzo dallo *European Union Committee* della *House of Lords*, si legge quanto segue:

«Individual EU Member States may seek to bring a case against the UK for the payments of outstanding liabilities under principles of public international law, but international law is slow to litigate and hard to enforce. *In addition, it is questionable whether an international court or tribunal could have jurisdiction*» (*ibid.*, punto 136; corsivo aggiunto).

Ad ogni modo, anche un simile scenario non è immune da possibili censure della Corte di giustizia dell'Unione europea analoghe a quelle menzionate poco sopra nella descrizione dell'opzione B1. È del resto noto che, nel celebre caso [MOX](#) (causa C-459/03, EU:C:2006:345), la Corte non ha mancato di condannare uno Stato membro (l'Irlanda) per aver intaccato l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione ricorrendo ad un meccanismo di soluzione delle controversie esterno ad esso. Nel caso di specie, in particolare, la Corte aveva qualificato tale condotta come violazione dell'attuale art. 344 TFUE, ritenuto espressione del più generale principio di leale cooperazione (per un'analisi della pronuncia v. [Casolari](#)). È vero che il caso *MOX* presenta differenze rilevanti rispetto a quello appena descritto. Occorre in particolare segnalare come, nonostante la sua interpretazione letterale non lo escluda, difficilmente l'art. 344 TFUE potrebbe essere invocato nell'ipotesi di ricorso alla CIG, atteso che – secondo la lettura datane dalla Corte UE (e dalla prevalente dottrina) – la disposizione di diritto primario si limiterebbe a vietare la risoluzione di controversie al di fuori dell'ambito UE *fra* gli Stati membri (e non fra Stati membri e Stati terzi, quale sarebbe il Regno Unito dopo l'entrata in vigore dell'Accordo di recesso). Rimarrebbe, però, la possibilità di sindacare la legittimità della autorizzazione fornita dal Consiglio, nella misura in cui essa consentirebbe di sottoporre obblighi sovranazionali all'apprezzamento *vincolante* di altro giudice internazionale (in spregio alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza consultiva). Ovviamente perché ciò avvenisse sarebbe necessaria l'impugnazione dell'atto del Consiglio in via diretta o pregiudiziale. E non è scontato, alla luce del contesto in cui esso verrebbe adottato, che ciò possa verificarsi.

È appena il caso di rammentare, infine, che le considerazioni che precedono ben potrebbero applicarsi anche nel caso in cui l'assenza di un'intesa sulla risoluzione delle controversie consegua ad una più generale *impasse* nei negoziati per l'Accordo di recesso, a seguito della quale, secondo quanto previsto dall'art. 50, par. 3, TUE, i Trattati UE potrebbero cessare di applicarsi automaticamente nei con-

fronti del Regno Unito.

Opzione B3: riconoscimento “parziale” della giurisdizione della Corte di giustizia.

Di fronte alle problematiche messe in luce dagli scenari sopra descritti, un’ulteriore alternativa, che sembra aver trovato sostegno in alcuni ambienti istituzionali dell’Unione (segnatamente in quelli vicini alla Commissione europea), potrebbe consistere in una via di mezzo rispetto alle due opzioni che precedono, attraverso il riconoscimento di una parziale giurisdizione della Corte di giustizia sull’Accordo di recesso, da un lato, e, dall’altro, mediante l’introduzione di ulteriori meccanismi di risoluzione delle controversie.

Questa ipotesi è in particolare avanzata nel *Non paper on key elements likely to feature in the draft negotiating directives* elaborato dalla Commissione europea, che da poco tempo circola nel Web. Stando al documento – che è concepito dalla Commissione come un «work in progress» da implementare tramite una stretta cooperazione con gli Stati membri, il Parlamento europeo ed il Segretariato generale del Consiglio – la giurisdizione della Corte di giustizia dovrebbe essere garantita «[f]or the application and interpretation of provisions of the Agreement [...] relating to Union law» (*ibid.*, punto 32). In tutti gli altri casi, sarebbe possibile dare vita ad un sistema alternativo di risoluzione delle controversie, a condizione che esso «offers equivalent guarantees of independence and impartiality to the Court of Justice of the European Union» (*ibid.*).

La soluzione offerta dal *Non paper* mette in luce tutte le difficoltà che una simile soluzione comporta. La giurisdizione della Corte di giustizia risulta definita in termini ambigui; o meglio, stando all’espressione utilizzata al riguardo dalla Commissione – e cioè «application and interpretation of provisions of the Agreement [...] relating to Union law» –, si dovrebbe forse concludere che tale giurisdizione sia potenzialmente estensibile a *tutte* le questioni interessate dall’Accordo, sicché l’eventuale meccanismo alternativo sarebbe da considerarsi del tutto recessivo (in tal senso v. anche le annotazioni di Barker a margine del *Non paper*, disponibili [qui](#)). E d’altra parte appare piuttosto difficile sostenere che l’Accordo di recesso possa occuparsi di questioni non riconducibili – direttamente o indirettamente – all’applicazione del diritto UE. Insomma, date le peculiarità dell’Accordo in oggetto, una chiara demarcazione tra ambiti coperti dal diritto dell’Unione ed ambiti ad esso (del tutto) estranei appare, di fatto, impossibile. Colla conseguenza che la Corte di giustizia potrebbe comunque giungere a censurare la legittimità delle disposizioni rilevanti dell’Accordo di recesso, ritenendo infranta, per le ragioni sopra richiamate, la linea rossa dell’autonomia dell’ordinamento giuridico dell’Unione da essa presidiata.

Ma l'ambiguità di una siffatta soluzione traspare anche da altri elementi contenuti nel *Non paper*. Il punto 33 del documento dispone, ad esempio, che:

«any reference to concepts or provisions of Union law made in the Agreement must be understood as including the case-law of the Court of Justice of the European Union interpreting such concepts or provisions before the withdrawal date» (*ibid.*, punto 33).

Sembrerebbe che il *Non paper* abbia voluto mostrare in tal modo una qualche apertura nei confronti della tesi sostenuta dal Governo britannico nel [Libro bianco](#) sul c.d. *Great Repeal Bill* (presentato lo scorso 30 marzo), secondo cui l'atto di diritto interno dovrà disporre che «any question as to the meaning of EU-derived law will be determined in the UK courts by reference to the CJEU's case law *as it exists on the day we leave the EU*» (*ibid.*, punto 2.14; corsivo aggiunto). D'altra parte, però, il documento elaborato dalla Commissione prevede anche che l'eventuale meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie disciplinato nell'Accordo debba comunque prendere in considerazione «future case-law of the Court of Justice of the European Union intervening after withdrawal» (*Non paper*, cit., punto 33). Circostanza, quest'ultima, che è invece esclusa dal Libro bianco e che di fatto ridimensiona la portata del vincolo costituito dal preesistente *acquis* giurisprudenziale.

Opzione B4: riconoscimento pieno della giurisdizione della Corte di giustizia.

Come si vede dall'analisi che precede, le differenti linee rosse tracciate dai protagonisti (diretti ed indiretti) della *Brexit* si sovrappongono dando vita ad un labirinto dal quale sembra complicato uscire.

Una via d'uscita, in realtà, ci sarebbe.

Paradossalmente, la soluzione sembra venire proprio dal riconoscimento in capo alla Corte di giustizia della giurisdizione sull'Accordo di recesso, ossia dall'opzione rispetto alla quale le posizioni delle Parti appaiono (al momento) inconciliabili. Ovviamente questa soluzione sarebbe pienamente in linea coi *desiderata* sin qui espressi dai rappresentanti dell'Unione. A ben vedere, però, essa potrebbe trasformarsi in un vantaggio anche per la piattaforma negoziale del Regno Unito.

I negoziatori britannici dovrebbero infatti ben sapere che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dimostrato di tenere (fin troppo) in considerazione la posizione del Regno Unito rispetto ad alcuni ambiti particolarmente "sensibili" del diritto dell'Unione: ci si riferi-

sce, ovviamente, ai recenti orientamenti espressi dalla giurisprudenza relativamente all'accesso dei cittadini UE ai benefici sociali offerti dallo Stato membro ospite, che ben dimostrano – per usare un'espressione di [Peers](#) a commento della celebre sentenza nel caso [Dano](#) (causa C-333/13, EU:C:2014:2358, commentata, tra gli altri, da [Costamagna](#)) – come i giudici di Lussemburgo «read the morning papers». Non è irrilevante ricordare, al riguardo, che la questione relativa ai diritti dei cittadini UE sarà senz'altro oggetto dei negoziati sull'Accordo di recesso, costituendone, di fatto, uno dei temi centrali.

In secondo luogo, occorrerebbe anche tenere conto che i rischi di *judicial activism* da parte della Corte di giustizia a scapito della riacquisita sovranità britannica dovrebbero essere, tutto sommato, limitati perché limitato sarà l'ambito di applicazione dell'Accordo di recesso e, di conseguenza, il suo contenuto. L'Accordo, vale la pena sottolinearlo ancora una volta, non definirà le future relazioni tra l'Unione ed il Regno Unito, limitandosi a regolamentare il processo di separazione tra le due entità e gli eventuali regimi transitori che ne deriveranno. Più precisamente, stando almeno alle indicazioni che si desumono dai documenti di lavoro a disposizione, esso dovrebbe disciplinare, come appena detto, i profili attinenti ai diritti dei cittadini europei, il c.d. *Financial settlement* (la cui quantificazione, evidentemente, non verrebbe certo rimessa al libero apprezzamento della Corte di giustizia) e le fattispecie non esauritesi all'entrata in vigore dell'Accordo di recesso ed ancora coperte dal diritto dell'Unione (importazioni/esportazioni di merci, investigazioni comuni ed altre forme di cooperazione giudiziaria e di polizia in essere, procedure amministrative e giurisdizionali innanzi ad istituzioni ed organi dell'Unione che coinvolgono il Regno Unito, ecc.). Coerenza e ragionevolezza vorrebbero che di tutti questi profili, fortemente connessi – se non addirittura integrati – col diritto dell'Unione, fosse chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia.

Sulle più ampie questioni che deriveranno dai rapporti futuri si apre invece una diversa prospettiva – qui non indagata ed ancora tutta da definire, tenuto conto dell'approccio ispirato ad una “*Brexit ordinata*” voluto dall'Unione – ma rispetto alla quale ha ragione Steve Peers quando afferma che:

«it would be unusual for the EU to insist on a third country (ie. the UK, in an agreement on a future UK–EU relationship) accepting the jurisdiction of the CJEU» (v. il punto 38 del [Rapporto](#) su «The Government's negotiating objectives: the White Paper», cit., p. 20).

27 aprile 2017

2

Immigrazione e diritto d'asilo

| | |
|--------------------------|--|
| EMANUELA ROMAN JACUR | L'accordo UE-Turchia: criticità di un accordo a tutti i costi |
| FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI | Schengen o non Schengen? |
| MARCELLO DI FILIPPO | The Reform of the Dublin System and the First (HALf) Move of the Commission |
| GIANDONATO CAGGIANO | Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali |
| GIANDONATO CAGGIANO | Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza |

L'accordo UE-Turchia: le criticità di un accordo a tutti i costi

EMANUELA ROMAN JACUR (*)

L'[accordo di cooperazione](#) in ambito migratorio tra Unione Europea (UE) e Turchia, definito nei suoi principi il 7 marzo 2016, è stato confermato dal Consiglio europeo del 17-18 marzo 2016. Esso rappresenta l'ultimo, secondo alcuni disperato, tentativo europeo di fermare (o quantomeno ridurre drasticamente) il flusso di migranti e rifugiati, in maggioranza siriani, che continua a raggiungere l'Europa in numeri consistenti attraversando il Mar Egeo e percorrendo la rotta balcanica ([più di 850.000 persone nel 2015](#)). Quest'accordo si inserisce in un contesto di intensificata cooperazione tra UE e Turchia, finalizzata al controllo dell'immigrazione irregolare verso l'Europa e al supporto nella gestione della crisi siriana in Turchia. Gli incontri, i negoziati e gli accordi che si sono susseguiti a partire dal settembre 2015 non hanno però portato i risultati sperati. Di fronte al graduale deteriorarsi della situazione, quest'ultimo accordo deriva dunque dalla volontà di porre sul tavolo una soluzione radicale e risolutiva. Tale soluzione risulta però per molti aspetti controversa, sia dal punto di vista della sua conformità con il quadro giuridico internazionale ed europeo, sia relativamente alla sua praticabilità ed efficacia.

Durante il [Consiglio europeo del 17-18 marzo](#), i leader europei hanno definito e concordato con il primo ministro turco Davutoğlu i termini di un accordo i cui principi fondamentali erano stati posti sul tavolo dieci giorni prima, in occasione del summit internazionale tra i capi di Stato e di governo dell'UE e la Turchia. In quell'occasione Turchia, Germania e Olanda avevano sorpreso gli altri leader europei presentando un piano inedito.

(*) Università di Palermo.

L'[accordo del 7 marzo](#) ha stabilito che:

1. tutti i migranti che giungono sulle isole greche vengano ricondotti in Turchia, inclusi i potenziali richiedenti asilo (e tra loro, i rifugiati siriani); e
2. per ogni siriano riammesso in Turchia, un altro siriano venga reinsediato dalla Turchia ad uno Stato Membro UE.

Si tratta di due principi nuovi alla cooperazione tra UE e Turchia, che fino ad ora (nel [piano d'azione congiunto](#) e nell'[accordo del 29 novembre](#)) si era limitata a prevedere il rimpatrio dei soli migranti irregolari che non hanno diritto alla protezione internazionale, sulla base del protocollo di riammissione bilaterale tra Grecia e Turchia (e, a partire dal 1° giugno 2016, dell'accordo di riammissione europeo). Tuttavia, l'estensione dell'obbligo della riammissione a tutti i migranti, inclusi richiedenti asilo e rifugiati, e il principio della riammissione in cambio del reinsediamento, non sono di per sé una novità. Essi rappresentano infatti il nucleo del cosiddetto 'piano Samsom' (dal nome del politico olandese che l'ha reso noto), un piano elaborato e promosso dal *think tank* European Stability Initiative (ESI) e appoggiato sia dal governo olandese, attualmente impegnato nel semestre di presidenza europea, che da quello tedesco (per un approfondimento critico sul piano Samsom, si vedano i relativi paragrafi in [Peers e Roman 2016](#) e [Roman et al. 2016](#)).

La [dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo](#), ha riconfermato i due principi introdotti il 7 marzo e ha stabilito i dettagli del nuovo piano. Il rimpatrio di tutti i nuovi migranti irregolari che giungono sulle isole greche dalla Turchia inizierà immediatamente, a partire dalla mezzanotte di domenica 20 marzo (anche se la Grecia avverte il giorno stesso di aver bisogno di più tempo). Prima di essere rimpatriati, tutti i migranti verranno registrati e potranno presentare domanda d'asilo sulle isole greche. Le domande d'asilo verranno esaminate individualmente dalle autorità greche conformemente alla [Direttiva Procedure](#) e con il supporto dell'UNHCR. Coloro i quali non faranno domanda d'asilo o la cui domanda sarà ritenuta inammissibile o infondata sulla base della suddetta direttiva saranno rimpatriati in Turchia. Per ogni siriano riammesso in Turchia, un altro siriano sarà reinsediato nell'UE, con un limite, però, di posti disponibili per il reinsediamento pari a 72.000 in totale per il 2016. Questo meccanismo è considerato una misura temporanea e straordinaria. Si prevede che una volta terminati, o considerevolmente ridotti, gli attraversamenti irregolari dalla Turchia alla Grecia, venga attivato un programma volontario di ammissione umanitaria di siriani dalla Turchia.

Questo piano presenta una serie di criticità che meritano di essere attentamente analizzate.

Espulsioni collettive e *refoulement*

L'accordo del 7 marzo prevedeva di «far rientrare tutti i nuovi migranti irregolari che hanno compiuto la traversata dalla Turchia alle isole greche». Esso ha fatto subito insorgere ONG, organizzazioni internazionali e numerosi accademici, che hanno rilevato come dietro ad una formulazione così vaga si nascondesse il rischio di espulsioni collettive, proibite dall'art. 4 del Protocollo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dall'art. 19, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDF), nonché il rischio di una violazione del principio di *non-refoulement*, sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati e ribadito dall'art. 3 CEDU e dall'art. 19, par. 2 CDF.

Per quanto riguarda le espulsioni collettive, la [giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo](#) (Corte EDU) ha stabilito che l'espulsione di un gruppo di stranieri possa avvenire solo dopo una valutazione ragionevole e oggettiva del caso individuale di ciascun straniero del gruppo. Il principio di *non-refoulement* prevede, inoltre, che nessuno possa essere espulso verso uno Stato dove rischia di essere perseguitato o di essere sottoposto a tortura o altre pene o trattamenti inumani o degradanti. I Paesi europei hanno quindi l'obbligo di verificare, anche qui caso per caso, che l'espulsione di uno straniero verso la Turchia avvenga nel rispetto di questo principio (che peraltro si applica non solo ai richiedenti asilo ma a tutti i migranti). Solo se la Turchia può essere considerata un Paese terzo sicuro (punto che approfondiamo in seguito), non si ha violazione del principio di *non-refoulement*. Pertanto, l'applicazione dell'accordo UE-Turchia dovrà necessariamente rispettare il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement* e dovrà prevedere procedure per l'esame individuale del caso di ogni migrante e richiedente che approderà sulle isole greche.

Rassicurazioni a riguardo sono giunte dalla Commissione europea in una [comunicazione del 16 marzo](#) (accolta positivamente anche dal [Segretario Generale del Consiglio d'Europa](#)) e sono state poi incluse in maniera esplicita nel testo della dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo. Sarà certamente da valutare se e come questi impegni formali verranno messi in pratica.

Principio dell'«uno per uno»

Un aspetto molto controverso del piano è il principio in base al quale per ogni siriano riammesso in Turchia, un altro siriano sarà reinsediato in Europa. Questo meccanismo dell'«uno per uno» contrasta con i principi fondamentali del diritto d'asilo e della tutela dei diritti umani a livello internazionale ed europeo, dove le circostanze individuali di ogni singola persona rappresentano l'elemento chiave. Manca, ad esempio, un riferimento alla necessità di considerare le specifiche vulnerabilità dei migranti che approdano sulle isole greche, tra i quali,

come noto, vi sono numerosi minori non accompagnati, neonati, donne, anziani, famiglie, disabili, vittime di violenza. Un meccanismo che punisce un rifugiato di guerra siriano perché tenta di raggiungere l'Europa e al contempo ne premia un altro perché non ha fatto il tentativo, oltre ad essere moralmente discutibile perché fondato sulla distinzione “rifugiato buono” vs “rifugiato cattivo”, è incompatibile con le basi stesse del diritto d'asilo. Un rifugiato non può essere criminalizzato per ingresso irregolare nel Paese in cui cerca rifugio e il suo diritto alla protezione internazionale non può essere subordinato alle modalità (legali o non) con cui entra in un Paese.

Discriminazione sulla base della nazionalità

Nella misura in cui questo meccanismo si applica ai soli siriani, esso risulta in palese contrasto con il divieto di discriminazione sulla base del Paese d'origine, sancito dall'art. 3 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati. L'accordo prevede, infatti, che tutti i richiedenti asilo vengano riammessi in Turchia, ma che solo i siriani possano essere reinsediati in Europa. Solo i siriani avrebbero quindi la possibilità di beneficiare della protezione internazionale in un Paese europeo (attraverso il reinsediamento), mentre tutti gli altri potenziali beneficiari sarebbero costretti a restare in Turchia, dove, come vedremo in seguito, le procedure sono inadeguate e gli standard di protezione insufficienti.

La questione è particolarmente grave se consideriamo che una parte consistente dei migranti che sbarcano in Grecia sono afgani ed iracheni (dall'inizio dell'anno, rispettivamente [il 26%](#) e [il 17%](#) degli arrivi) a cui si aggiungono iraniani, pachistani, eritrei e somali in percentuali minori. Come noto, la maggior parte di loro ha fondati motivi per richiedere (e vedersi riconosciuto) lo *status* di rifugiato o un'altra forma di protezione. In Turchia, invece, (come spiegato nel prossimo paragrafo) queste persone non hanno diritto né allo *status* di rifugiato, né alla protezione temporanea di cui beneficiano i siriani. Oltre a non rientrare nel meccanismo del reinsediamento “uno per uno”, sembra che queste persone non potranno beneficiare nemmeno dell'assistenza finanziaria promessa dall'UE, che, stando al testo della dichiarazione del 18 marzo, è mirata a «progetti per le persone oggetto di protezione temporanea», ovvero i siriani. È legittimo chiedersi quali saranno le condizioni di vita e le prospettive per gli afgani, gli iracheni e tutti gli altri richiedenti asilo non siriani “intrappolati” in Turchia.

Il concetto di Paese terzo sicuro

Anche se le dichiarazioni del 7 e del 18 marzo non vi fanno esplicito riferimento, la possibilità di rimandare i richiedenti asilo in Turchia si fonda sul riconoscimento, da parte della Grecia, della Turchia come Paese terzo sicuro. La Direttiva Procedure prevede, all'art. 33, par. 2, lettera (c), che uno Stato Membro possa giudicare una do-

manda di protezione internazionale inammissibile se un Paese non-UE è considerato Paese terzo sicuro per il richiedente. L'art. 38, par. 1, della stessa Direttiva elenca una serie di criteri che il Paese deve rispettare per essere considerato Paese terzo sicuro:

1. non sussistono minacce alla vita e alla libertà del richiedente per ragioni di razza, religione, nazionalità, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale;
2. non sussiste il rischio di danno grave (definito dall'art. 15 della [Direttiva Qualifiche](#) come: pena di morte; tortura o trattamento inumano o degradante; o minaccia grave alla vita del richiedente derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato);
3. il principio di *non-refoulement* è rispettato;
4. esiste la possibilità di chiedere lo *status* di rifugiato e di ottenere protezione in conformità con la Convenzione di Ginevra.

L'art. 38, par. 2, stabilisce anche una serie di garanzie procedurali. La sicurezza di un Paese terzo va sempre esaminata caso per caso per verificare se il concetto è applicabile alle circostanze individuali del richiedente in questione. Al richiedente deve inoltre essere garantito il diritto di impugnare l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro sulla base del fatto che quel Paese terzo non è sicuro nel suo caso specifico.

Può dunque la Turchia essere considerata un Paese terzo sicuro, sulla base dei criteri stabiliti dalla Direttiva Procedure?

Innanzitutto, la Turchia ha ratificato la Convenzione di Ginevra del 1951 e il suo Protocollo del 1967, ma mantiene una [limitazione geografica](#) per i richiedenti non europei, in base alla quale riconosce lo *status* di rifugiato come definito dalla Convenzione solo a chi proviene da un Paese membro del Consiglio d'Europa. Sebbene la [legge sugli stranieri e sulla protezione internazionale](#) adottata nel 2013 preveda la possibilità di riconoscere lo *status* di "rifugiato condizionato" a chi proviene da un Paese non europeo, questo *status* permette di risiedere solo temporaneamente in Turchia e garantisce un set limitato di diritti. Inoltre, nonostante le recenti riforme, i richiedenti asilo in Turchia affrontano i problemi di un sistema ancora ampiamente non funzionante, in cui mancano le strutture di accoglienza e le garanzie procedurali minime, come documentato dal [rapporto AIDA sulla Turchia](#).

In questo contesto i siriani rappresentano un caso specifico. Inizialmente accolti come "ospiti", a partire dall'ottobre 2014 sono soggetti ad un regime speciale di [protezione temporanea](#) che evita loro di dover passare attraverso la procedura regolare. Tuttavia, anche i profughi siriani possono risiedere nel Paese solo temporaneamente e i lo-

ro diritti sono limitati, in particolare per quanto riguarda l'accesso all'educazione (si veda ad esempio il rapporto di [Human Rights Watch](#)) e al lavoro (nonostante il governo turco abbia recentemente cercato di prendere delle misure per facilitarne l'integrazione economica). Risulta quindi evidente che nessun richiedente protezione proveniente da un Paese non europeo (siriani inclusi) può richiedere e vedersi riconosciuto in Turchia lo *status* di rifugiato in senso pieno, così come definito dalla Convenzione di Ginevra, come invece richiede la lettera (e) dell'art. 38, par. 1, Direttiva Procedure.

In secondo luogo, nonostante la Turchia riconosca nella sua legislazione il principio di *non-refoulement* e si impegni formalmente a rispettarlo, molteplici episodi di respingimenti sono stati documentati nel corso degli anni '90 e 2000. Anche recentemente, ONG locali e internazionali (tra cui [Human Rights Watch](#) e [Amnesty International](#)) hanno denunciato numerosi episodi di respingimenti, deportazioni, detenzioni arbitrarie e violenza fisica ai danni di siriani, iracheni e afgani che cercavano di entrare in Turchia o di arrivare in Grecia. Se anche si potesse affermare che il principio di *non-refoulement* è rispettato nella maggior parte dei casi, non si può affermare che lo sia in tutti i casi e in maniera generalizzata, come vuole la lettera (c) dell'art. 38, par. 1, Direttiva Procedure.

Infine, in Turchia i migranti e richiedenti si trovano ad affrontare una serie di ostacoli che aumentano il rischio di danno grave, in contraddizione con il requisito alla lettera (b) dell'art. 38, par. 1, Direttiva Procedure. La Turchia ha alle proprie spalle una storia di torture e trattamenti inumani o degradanti ai danni di migranti e richiedenti nei centri di detenzione. Numerosi episodi vengono riportati dalle ONG locali e internazionali e anche la Corte EDU ha riconosciuto in vari casi la violazione dell'art. 3 CEDU (tra gli altri, [Abdolkhani e Karimnia c. Turchia](#) e il recente [SA c. Turchia](#)). Inoltre, con riferimento al danno grave dovuto alla violenza indiscriminata, il conflitto interno tra il governo turco e i ribelli curdi che si è andato intensificando nel corso dell'ultimo anno, può rappresentare una minaccia per la sicurezza e la vita dei richiedenti e rifugiati che vivono nel Sudest del Paese. Per queste ragioni, non sembra che la Turchia possieda i requisiti per poter essere considerata un Paese terzo sicuro. La questione, tuttavia, non sembra rivestire particolare rilievo nemmeno nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, stando alla recente sentenza nel caso [Mirza c. Ungheria](#), in cui la Corte ha confermato la possibilità per uno Stato membro di applicare il concetto di Paese terzo sicuro (nel caso in questione si trattava della Serbia) anche nell'ambito di una procedura Dublino.

Problemi procedurali e di applicazione pratica dell'accordo

Oltre alle questioni sostanziali, anche alcuni aspetti procedurali dell'accordo appaiono critici, tanto da mettere in dubbio la possibilità

di una sua piena ed effettiva attuazione. Il governo greco domenica 20 marzo ha (comprensibilmente) chiesto più tempo per organizzare le operazioni; ma basterà? Ci si interroga in particolare su come riusciranno le autorità greche a registrare ed esaminare un numero presumibilmente molto elevato di domande d'asilo in tempi molto brevi, garantendo al contempo il rispetto della normativa internazionale ed europea, come promette la dichiarazione del 18 marzo. Conformemente alla Direttiva Procedure, ogni domanda dovrà essere valutata individualmente e l'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro andrà considerata tenendo conto delle circostanze particolari di ciascun caso.

Inoltre, in base all'art. 46 della stessa direttiva, nel caso in cui la sua domanda d'asilo venga dichiarata inammissibile, il richiedente ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice (par. 1) e ha diritto a rimanere nel territorio dello Stato membro in attesa dell'esito del ricorso, peraltro in maniera automatica se la decisione di inammissibilità si basa sul concetto di Paese terzo sicuro (parr. 5 e 6). Riusciranno le autorità giudiziarie greche a decidere in tempi ragionevoli la mole di ricorsi che presumibilmente seguiranno le decisioni di inammissibilità? E dove saranno 'ospitati' tutti i richiedenti durante il periodo di tempo che l'intera procedura richiederà, visto che non potranno essere espulsi fino all'esito del ricorso? Inoltre, come si riuscirà a garantire che queste persone non lascino il Paese mentre la procedura è in corso?

Va ricordato che il sistema di asilo greco è un sistema debole, che presenta gravi carenze strutturali che limitano la possibilità dei richiedenti di avere accesso alla procedura di asilo e a strutture di accoglienza adeguate. Nonostante le riforme e i miglioramenti degli ultimi anni, le autorità amministrative e giudiziarie greche faticano a gestire le domande e i ricorsi arretrati. Queste carenze sistemiche, rilevate dalla Corte EDU nel caso [MSS c. Belgio e Grecia](#) e dalla Corte di giustizia dell'UE nel caso [NS e ME c. Regno Unito e Irlanda](#), hanno determinato a partire dal 2011 la sospensione dei trasferimenti Dublino verso la Grecia. Da questo stesso sistema di asilo, l'UE si aspetta oggi uno sforzo eccezionale per garantire l'attuazione di un piano che, dal punto di vista procedurale, è estremamente complesso, nelle sue diverse fasi (identificazione/registrazione, esame della domanda, accoglienza/detenzione, ricorso, rimpatrio).

L'UE ha più volte affermato che «la Grecia non verrà lasciata sola» in questo sforzo. Le conclusioni del Consiglio del 17-18 marzo prevedono esplicitamente un rafforzamento del supporto operativo, logistico e finanziario che l'UE (attraverso le agenzie EASO e Frontex) e gli Stati membri (con uomini e mezzi propri) si impegnano a garantire alle autorità greche per dare piena attuazione all'accordo con la Turchia. La rapida adozione del Regolamento sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ([Regolamento UE 2016/369 del 15 marzo 2016](#)) è un ulteriore segnale importante in questa dire-

zione. Evidentemente la questione è considerata cruciale anche dalla Commissione e dai leader europei. E lo è, se si considera che il sostegno finora fornito alla Grecia, un sostegno tutt'altro che limitato, non è comunque stato sufficiente a rendere il sistema di asilo greco funzionante ed autosufficiente.

Un'ultima considerazione, alla luce della sentenza *MSS c. Belgio e Grecia* citata sopra. In quel caso la Corte EDU ha condannato la Grecia per trattamento inumano o degradante (violazione dell'art. 3 CEDU) a causa delle condizioni in cui il ricorrente si è trovato a vivere nel Paese dopo essere uscito dal centro di detenzione in cui era trattenuto (e dove già aveva sofferto un trattamento inumano o degradante). Confrontando le condizioni di vita dei richiedenti in Grecia con quelle dei richiedenti e rifugiati in Turchia, viene da chiedersi se le seconde non siano altrettanto inadeguate. Sembra dunque verosimile attendersi da parte della Corte EDU conclusioni analoghe nei confronti della Turchia, qualora, come probabile, la Corte venga interpellata da richiedenti asilo ospitati nel territorio turco.

La ratio e i numeri dell'accordo

Più in generale, è il principio fondamentale su cui il piano si basa che sembra racchiudere un'evidente contraddizione. Il meccanismo dell'«uno per uno» comporta che il reinsediamento di un siriano dipenda direttamente dal fatto che un altro siriano abbia prima raggiunto la Grecia per vie illegali. È palese la contraddizione tra lo scopo dichiarato dell'accordo UE-Turchia, ovvero fermare l'immigrazione irregolare e combattere il traffico di esseri umani, e rendere proprio l'immigrazione irregolare condizione necessaria al reinsediamento.

Stando alla logica intrinsecamente contraddittoria del piano, per ottenere più reinsediamenti, è necessario che il maggior numero di persone possibile si affidi ai trafficanti e attraversi il Mar Egeo sui gommoni, esattamente il contrario di ciò che l'accordo si propone di ottenere. Ma ridurre il flusso di migrazione irregolare significherebbe anche ridurre i numeri del reinsediamento, un risultato auspicato forse dagli Stati membri, ma sicuramente non dai siriani in Turchia, che quindi sarebbero spinti a fare l'esatto contrario. Sono forse anche queste contraddizioni ad aver spinto i leader europei ad introdurre nella dichiarazione del 18 marzo sia un tetto massimo al numero dei reinsediamenti, sia la possibilità di attivare un piano volontario di ammissione (sulla base della [raccomandazione della Commissione del 15 dicembre 2015](#)) se e quando gli attraversamenti irregolari cesseranno o saranno drasticamente ridotti.

La seconda contraddizione su cui si fonda il piano riguarda i suoi numeri. Sia nella dichiarazione del 7 marzo che nelle conclusioni del 17-18 marzo gli Stati membri hanno chiaramente ribadito che l'accordo UE-Turchia non avrebbe comportato per loro nuovi impegni in termini di reinsediamento e ricollocazione. Pertanto, la Commissio-

ne ha giocato con i numeri che aveva a disposizione. Per l'anno corrente, è stato fissato un numero massimo di 72.000 posti disponibili per il reinsediamento, utilizzando i rimanenti 18.000 posti destinati al reinsediamento dalla [decisione del Consiglio GAI del 20 luglio 2015](#) e i 54.000 posti supplementari finora inutilizzati (originariamente destinati alla ricollocazione dall'Ungheria) previsti dal piano per la ricollocazione [deciso il 22 settembre 2015](#).

Tuttavia, in base ai dati dell'UNHCR, la media degli arrivi sulle isole greche nel mese di febbraio 2016 è stata di circa 2.000 persone al giorno. Nello stesso mese, i siriani hanno rappresentato il 52% degli arrivi. Possiamo quindi dedurre che nell'ultimo periodo circa 1.000 siriani arrivano ogni giorno sulle isole greche (in netto calo rispetto al periodo agosto-dicembre 2015). Se per ognuno di loro un siriano verrà reinsediato in Europa, i 72.000 posti messi a disposizione basteranno per poco più di due mesi (72 giorni), dunque, ai ritmi attuali, i posti messi a disposizione basteranno solo fino ai primi di giugno. Presumibilmente i leader europei si aspettano fin da subito una netta riduzione degli arrivi giornalieri, ma anche alla luce della contraddizione intrinseca all'accordo descritta sopra, questo non sembra così probabile.

Infine, poiché il piano si applica solo ai nuovi arrivi, non è chiaro cosa accadrà ai 45.000 migranti e rifugiati che, dalla chiusura della rotta balcanica sancita il 7 marzo, sono bloccati in Grecia (più di 12.000 solo nel campo di Idomeni). Forse, per chi tra loro ha nazionalità siriana o eritrea, si cercherà di far funzionare il piano di ricollocazione deciso a settembre, la cui applicazione si è dimostrata finora molto difficoltosa. Per tutti gli altri, afgani ed iracheni in primis, rimane l'incognita.

Questo problema, come gli altri analizzati in questo contributo, andranno presto rivalutati alla prova dei fatti. In particolare, è nostro compito vigilare sulle modalità di implementazione dell'accordo e sulla conformità di queste con la normativa internazionale ed europea. Già a partire da oggi.

21 marzo 2016

Schengen o non Schengen?

FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI (*)

Nei primi [commenti](#) a caldo dopo gli attentati terroristici di Bruxelles si è ripresentato, immancabile, lo spettro della fine di Schengen. Tale spettro è stato invocato più volte, nei mesi scorsi, a seguito delle richieste di sospensione temporanea avanzate da vari Paesi membri. La posta in gioco è altissima se soltanto si considerano le conseguenze di un tale scenario. Riattivare il vecchio sistema dei controlli alla frontiera comporterebbe infatti costi ingenti sia per l'Unione che per i suoi membri. Secondo una [stima](#) della Commissione, i soli costi diretti immediati si aggirano tra i 5 e i 18 miliardi di euro all'anno, pari allo 0,05%-0,13% del Pil. A ciò dovrebbero poi aggiungersi i costi indiretti di tipo sociale e culturale, nonché l'[impatto](#) sulla cooperazione giudiziaria e di polizia e su altre materie di competenza UE. Infine, con Schengen verrebbe meno uno dei simboli più emblematici dell'integrazione europea.

Da un punto di vista giuridico, la soppressione dello spazio Schengen, ovvero la sua sospensione permanente, è un'opzione difficilmente praticabile giacché richiede una revisione dei Trattati, per la quale è necessario il voto all'unanimità in seno al Consiglio dell'Unione. Benché tale scenario sia dunque improbabile, alcuni recenti provvedimenti degli Stati membri, così come le proposte di modifica del sistema, appaiono tuttavia contraddire, almeno in parte, la *raison d'être* di Schengen: la libera circolazione delle persone (sul punto v. [qui](#)).

Le procedure di ripristino dei controlli alla frontiera

Come noto, sin dalla sua creazione il sistema prevedeva la possibilità di un ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere «per esigenze di ordine pubblico o di sicurezza nazionale» (art. 2.2, [Convenzione](#) di applicazione dell'accordo di Schengen). Le ipotesi in cui tale sospensione di Schengen è ammissibile sono regolate dal Codice Frontiere Schengen (di cui è stata recentemente pubblicata una [versione consolidata](#)), che a seguito delle modifiche introdotte nel 2013 (cf. [regolamento](#) 1051/2013) contempla al riguardo tre diverse procedure. La prima (artt. 25-27), concernente gli «avvenimenti prevedibili»,

(*) Università Telematica Internazionale Uninettuno.

consente il ripristino dei controlli come *extrema ratio* in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna. La durata di tali controlli può estendersi fino a 30 giorni, ma il termine è prorogabile sino ad un massimo di 6 mesi o, eccezionalmente, di due anni qualora sia in gioco la tenuta dell'intero spazio Schengen (art. 25, par. 4).

Il nuovo art. 26 del Codice Frontiere Schengen (CFS) impone agli Stati membri di valutare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura adottata rispetto alla minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, tenendo conto altresì del suo probabile impatto sulla libera circolazione delle persone all'interno dell'area Schengen. Almeno quattro settimane prima della sospensione, lo Stato che vuole ricorrervi deve comunicarlo agli altri Stati e alla Commissione, i quali hanno la facoltà di emettere un parere sulla misura da adottare (art. 27, par. 4).

Una seconda procedura, d'urgenza, è prevista nei casi che richiedono un'azione immediata (art. 28 CFS), e consente agli Stati membri di reintrodurre unilateralmente i controlli alle frontiere interne per un massimo di dieci giorni. Tali controlli sono prorogabili per periodi non superiori a venti giorni e per un massimo di due mesi, ma l'eventuale prolungamento deve essere monitorato a livello UE.

In entrambi i casi le misure devono essere proporzionate alla minaccia grave a cui intendono porre rimedio.

La terza ed ultima procedura è invece utilizzabile in circostanze eccezionali che mettano a rischio il funzionamento globale del sistema a motivo di carenze gravi e persistenti nel controllo alle frontiere esterne (art. 29 CFS). Ad attivare la procedura non sono gli Stati bensì il Consiglio, che può raccomandare a uno o a più Stati membri di ripristinare i controlli alle frontiere interne per un periodo iniziale di 6 mesi. Tale ripristino può essere prolungato fino a due anni.

Schengen e la recente crisi migratoria

Nella prassi, gli Stati membri del sistema Schengen hanno utilizzato le procedure di sospensione con una certa frequenza, solitamente in occasione di eventi sportivi di massa o riunioni internazionali. Il fenomeno ha però assunto dimensioni inedite in conseguenza della crisi migratoria e dei significativi movimenti secondari che hanno investito diversi Paesi dell'Unione nel 2015. A partire dal settembre scorso la Germania, e poi a seguire Ungheria, Slovenia, Austria, Danimarca, Norvegia, Svezia e Belgio hanno infatti ripristinato i controlli alle frontiere interne con uno o più membri ([qui](#) un quadro completo delle misure adottate). Egualmente ha fatto la Francia a seguito degli attentati di Parigi del novembre scorso. Se in quest'ultimo caso, tuttavia, la sospensione appare pienamente giustificata (la minaccia terroristica è esplicitamente richiamata all'art. 26(a) CFS), seri dubbi possono sollevarsi circa la legittimità del ricorso alle procedure di sospen-

sione in risposta a flussi di migranti e richiedenti asilo. Difatti, secondo il CFS «(l)a migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di paesi terzi non dovrebbero in sé essere considerate una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» (26° considerando preambolare, CFS).

Come troppo spesso si ignora, peraltro, né il diritto internazionale né il diritto dell'Unione europea permettono di rifiutare l'accesso al territorio a coloro che chiedono asilo. Al riguardo il CFS, in conformità a quanto previsto dalla [Convenzione](#) di Ginevra sullo *status* dei rifugiati (art. 31), esclude espressamente l'applicabilità ai rifugiati delle sue norme in tema di penalizzazione dell'ingresso irregolare. La [direttiva](#) 2013/32/UE, dal canto suo, stipula che ai cittadini di Stati terzi che facciano domanda di protezione internazionale in uno Stato membro, anche alla frontiera, deve essere permesso di accedere alla relativa procedura (art. 6). Se dunque, dinanzi ad un afflusso di rifugiati senza precedenti nella storia recente il sistema di accoglienza di alcuni Paesi europei (Grecia *in primis*) non ha retto, ciò non può addebitarsi a Schengen, né tantomeno ad una violazione delle sue regole, quanto piuttosto alle falle evidenti del sistema Dublino e all'insostenibilità di una sua piena applicazione.

Nondimeno la Commissione europea, posta dinanzi al rischio concreto di una fuga in ordine sparso da Schengen, ha [avallato](#) la summenzionata prassi, sostanzialmente accogliendo un'interpretazione estensiva del presupposto legittimante il ripristino dei controlli alle frontiere interne (in particolare, la Commissione ha fatto propria la posizione tedesca circa la sussistenza di un «identified threat to the internal security and public policy consisting of the uncontrolled influx of exceptionally large numbers of undocumented/improperly documented persons and the risk related to organized crime and terrorist threats»). Tale interpretazione è stata poi ribadita dalla Commissione nella sua [relazione](#) semestrale sul funzionamento dello Spazio Schengen, laddove si afferma che «l'afflusso incontrollato di un numero elevato di persone prive di documenti o con documenti inadeguati, che non vengono registrate al momento del loro primo ingresso in UE, può costituire una grave minaccia alla sicurezza interna e all'ordine pubblico e può pertanto giustificare l'applicazione delle misure» in discorso.

Parallelamente all'(ab)uso delle procedure di sospensione, la crisi migratoria ha altresì determinato un ricorso ingiustificato alle verifiche di polizia *ex art.* 23 CFS, in particolare da parte dell'Olanda. Il ricorso a siffatte verifiche, che, contrariamente alla procedura *ex art.* 25 CFS, non comporta alcun obbligo informativo nei confronti della Commissione, è permesso nella misura in cui il suo effetto non sia «equivalente alle verifiche di frontiera; ciò vale anche nelle zone di frontiera» (art. 23(a) CFS). Chiamata a interpretare la disposizione, la Corte di Giustizia aveva chiarito che questa, congiuntamente all'art.

22 (che sancisce il principio generale dell'assenza di controlli interni), osta «ad una normativa nazionale che conferisce alle autorità di polizia dello Stato membro interessato la competenza a controllare, esclusivamente in una zona di 20 chilometri a partire dalla frontiera terrestre di tale Stato con gli Stati parti della convenzione di Schengen, l'identità di qualsiasi persona, – indipendentemente dal comportamento di quest'ultima e da circostanze particolari che dimostrino una minaccia per l'ordine pubblico – al fine di verificare il rispetto degli obblighi di legge riguardo al possesso, al porto e all'esibizione di titoli e documenti, senza prevedere la necessaria delimitazione di tale competenza, atta a garantire che l'esercizio pratico di quest'ultima non possa avere un effetto equivalente a quello delle verifiche di frontiera» ([sentenza Melki e Abdeli](#), cause riunite C-188/10 e C-189/10, par. 75). Nel successivo [caso Adil](#) (causa C-278/12 PPU), esprimendosi in merito alla normativa olandese sui controlli mobili in materia di sicurezza, la Corte aggiungeva che gli artt. 22-23 CFS consentono verifiche dirette a verificare se le persone fermate per identificazione soddisfino i requisiti di soggiorno regolare applicabili nello Stato interessato, «qualora tali controlli si basino su informazioni generali e dati dell'esperienza in materia di soggiorno irregolare di persone nei luoghi dei controlli, qualora essi possano essere parimenti effettuati in misura limitata per ottenere informazioni generali siffatte e dati dell'esperienza in tale materia e qualora il loro esercizio sia sottoposto a talune limitazioni relative, segnatamente, alla loro intensità ed alla loro frequenza» (par. 88). A seguito di tale giurisprudenza, l'Olanda ha emendato la normativa interna, prevedendo la possibilità di una intensificazione temporanea delle verifiche in discorso nel caso di «a sudden or expected increase of irregular migrants crossing at the borders». Misura che è stata poi applicata dal governo olandese nel settembre 2015, al fine tra l'altro, di «preventing human smugglers from abusing the vulnerable position of asylum seekers» (*sic!*). Indipendentemente dalla legalità di tale misura e della sua base giuridica, la vicenda ben evidenzia come l'ambiguità definitoria che caratterizza la nozione di verifiche di polizia renda di fatto più agevole l'aggiramento del divieto di controlli interni.

Le proposte di modifica del Codice Frontiere Schengen

Nel tentativo di favorire una gestione efficace delle frontiere europee, la Commissione, il 15 dicembre 2015, aveva presentato il c.d. [Pacchetto frontiere](#). Nella proposta la Commissione evidenzia come il controllo alle frontiere esterne costituisca una delle principali garanzie dello spazio Schengen. Tra le varie misure ivi proposte, quella che ha attratto più attenzione concerne l'istituzione di una guardia costiera e di frontiera europea. Altre innovazioni di non poco rilievo riguardano tuttavia il Codice Frontiere Schengen. La Commissione infatti, al fine di combattere il fenomeno dei *foreign terrorist fighters*, molti dei qua-

li sono cittadini dell'Unione (v. [qui](#)), ha proposto di introdurre dei controlli sistematici obbligatori dei cittadini europei alle frontiere esterne e di aumentare i controlli già esistenti per i cittadini extracomunitari a fini di sicurezza.

La proposta, che modifica l'art. 8 CFS, introduce l'obbligo di effettuare, a tutte le frontiere esterne, in ingresso e in uscita, verifiche sistematiche sui beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto UE (ovvero i cittadini dell'Unione e i loro familiari che non sono cittadini UE), consultando le pertinenti banche dati al fine di accertarsi che tali persone non rappresentino una minaccia per la sicurezza interna, l'ordine pubblico, le relazioni internazionali o la salute pubblica. La proposta rafforza poi la necessità di verificare gli identificatori biometrici nei passaporti dei cittadini dell'UE in caso di dubbi sull'autenticità del passaporto o sulla legittimità del titolare. L'obbligo di controlli sistematici potrà essere derogato dagli Stati membri soltanto allorché vi sia il rischio di un impatto sproporzionato sul flusso di traffico. In tal caso, alle verifiche sistematiche potranno sostituirsi controlli mirati nelle banche dati. Tale possibilità, tuttavia, riguarda soltanto le frontiere esterne terrestri e marittime, non invece quelle aeree. Vi è dunque il rischio concreto che con le nuove procedure di controllo negli aeroporti si verifichino lungaggini e ritardi, con un conseguente effetto sulla libera circolazione. La questione non pare aver sollevato particolare interesse nell'ambito del Consiglio GAI che ha adottato un [orientamento generale](#) in materia (l'unico punto controverso della proposta ha infatti riguardato la durata della deroga transitoria concessa agli Stati per adeguarsi al nuovo sistema di verifiche sistematiche alle frontiere aeree), ma auspicabilmente verrà ridiscussa in sede parlamentare. Eppure, se il fine è quello di rilevare i movimenti dei *terrorist fighters*, una soluzione meno invasiva per la libera circolazione potrebbe essere quella, [proposta](#) da Steve Peers, di limitare i controlli sistematici a certi voli o a certe frontiere aeree, determinati a seguito di una precisa analisi dei rischi.

Verso un ripristino dello spazio Schengen?

Benché l'esigenza di ritornare ad un normale funzionamento di Schengen sia stata riconosciuta sia dal [Consiglio europeo](#) che dalla [Commissione](#), non è ancora chiaro se e quando ciò potrà avvenire. Tale ripristino è infatti strettamente condizionato all'attenuarsi delle pressioni migratorie e delle attuali carenze strutturali nel controllo delle frontiere esterne. Presupposti la cui realizzazione è tuttora incerta. Il recente accordo di cooperazione con la Turchia, già di per sé censurabile sul piano del rispetto dei diritti umani e del diritto europeo dei rifugiati (v. [Roman](#), [Peers](#), [Labayle/De Bruycker](#)), non appare idoneo a ridurre il flusso di immigrazione irregolare, che pure sarebbe il suo principale obiettivo. E ciò non solo per le contraddizioni su cui riposa (v. [Roman](#)). Il tentativo di chiudere la via balcanica sta infatti deter-

minando, anche con la complicità della primavera, un inevitabile ri-orientamento dei flussi verso altre rotte di fuga, in particolare quella che dalla Libia arriva in Italia (come [ammesso](#) dallo stesso presidente del Consiglio europeo Tusk). Si fa dunque sempre più concreta la prospettiva che la strada per il ripristino di Schengen passi per una sua ulteriore sospensione, questa volta però coordinata dall'Unione *ex art.* 29 CFS.

8 aprile 2016

The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission

MARCELLO DI FILIPPO (*)

1. The debate over the contents and the effects of the so-called Dublin System (currently enshrined in the [Regulation Dublin III](#) and in the [Regulation Eurodac II](#)) gained momentum in the last years, due to the effects of the dramatic events taking place close to the EU's borders. Especially in 2015, the EU supranational institutions (see the Commission's [Agenda on Migration](#), at 15, and the European Parliament's [Resolution](#) of 29 April 2015, among others) and the Member States meeting in the European Council (see the [Conclusions](#) of 15 October 2015, para. 3) could not avoid to admit that the time for seriously reconsidering some aspects of this system had finally come.

In particular, the points felt to be worth of discussion are: *i*) the definition of the criteria of allocation of the competence to receive and treat an asylum claim; *ii*) the effects that they produce on front line States and other States; and *iii*) the overall question of the fairness of the system in the view of an equitable burden sharing among Member States, according to Article 80 TFEU. On these and other controversial issues, the intergovernmental level proved much more emphatic than resolute and witnessed some dramatic confrontations (see for instance [Di Bartolomeo](#); [Carrera & Gros](#); [Labayle & de Bruycker](#); [Mariani](#); [Pastore](#); [Roman](#); [Zorzi Giustiniani](#)).

A recent document issued by the Commission offers the possibility to put forward some remarks about the ability of this supranational institution to give a real contribution to a complicated debate, where much of the credibility of the EU as a governance actor is at stake. Of course, Juncker and Co. do not act in a vacuum. They must

(*) Università di Pisa.

respect the leading role of the European Council in giving the EU the “necessary impetus for its development” and in defining “the general political directions and priorities thereof” (Article 15 TEU). Moreover, they must take into account that a broad consensus with the Member States is to be reached if an innovative proposal is put forward in the context of legislative procedures. This being said, however, the Commission (eventually backed by the European Parliament) embodies the supranational dimension of the EU and possesses the full right and capacity to express its own positions, in a dialectic relationship with Member States and the institutions representing them. In view of the above, some political ambition is expected by this Commission. The Dublin System has been the object of various criticism, either by specialised academics and by leading NGOs, and proved to be totally ineffective at the practical level (see [Di Filippo](#) for further references): maintaining the *status quo* is simply not possible.

2. On the 6th of April 2016 the Commission released a long awaited [Communication](#) entitled «Towards a reform of the Common European Asylum System and enhancing legal avenues to Europe», which devotes some space to the possible reform of the Regulation Dublin III. Due to the limited space available in this post, the other parts of the Communication will not be commented here, except whenever relevant for expressing a judgement on the Dublin issue. The Commission envisages two possible approaches, after having made some preliminary remarks, which deserve a brief comment.

Firstly, the Commission lists several shortcomings in the design and implementation of the Dublin Regulation (at 4), but most of them are put in relation, to a larger or lesser extent, with the current crisis or are exacerbated by it, thus justifying a reform initiative (at 7). It is striking that the main reasons why Dublin does not work (namely, the irrationality of the criteria used for determining the competent State and the scarce attention paid to the asylum seekers’ personal situation) are not directly tackled. Even worse, the Commission does not put in the right context the fact that the system is seriously flawed since many years, no matter if a mass influx is ongoing or not ([Di Filippo](#), para. 2 and further references there, as well as the recent [external evaluation reports](#) funded by the Commission itself).

Secondly, it seems that the only real alternative to the current system is to allow asylum seekers to freely choose the competent State (at 7). It is true that some [NGOs](#) repeatedly claimed for such an approach, but this is not the only possible solution. True, a different conception of criteria may be advanced, and has been actually proposed, where a sound and reasonable connection between the asylum seeker and the competent State is established. This way, the ordinary functioning of the system would be more viable and less conflictual, leaving room only for corrective or emergency measures only when really

needed (see [Di Filippo](#), para. 3; [UNHCR](#), para. 6, at 7; [The Greens/EFA](#), at 5 ff.). Additionally, other approaches have been proposed, such as supplementing the existing criteria with a regime of mutual recognition of international protection status and of freedom of movement in the European Union (see [ECRE](#); for this and other proposals, see also [Guild and others](#), at 29-36). It appears surprising that the Commission only refers to an alternative solution (the free choice criterion), which is clearly utopic at this stage of the European integration process: by doing so, it “forgets” the terms of a much richer debate carried out in Europe in the last years and goes back to the old and ineffective State-centred vision.

Thirdly, as already mentioned, both options advanced by the Commission are confined to situations of mass influx. In the ordinary situations, the present criteria would be left untouched. This choice is flawed, given that many of the problems of the Dublin system will persist on the background, with a disappointingly low degree of compliance (both by States and asylum seekers). Treating only the final symptoms and not the root causes of a disease is the first mistake to be avoided, just because the crisis is striking and it will last for years.

3. Let us come now to the two alternatives presented by the Commission. The first option consists of a slight modification of the current framework and of the pending [proposal](#) presented in September 2015 in order to introduce a permanent system of emergency relocation in situation of crisis. The usual (and frankly untenable) criterion of first entry would be maintained, because the Commission still deems sound what reality shows to be totally unsound, i.e. to maintain «a linkage between the allocation of responsibility in the field of asylum and the respect by Member States of their obligations in terms of protection of the external border» (at 7). A supplementary corrective mechanism would be added to this “linkage”, largely inspired to the above mentioned proposal and slightly modified by two adjustments: *i*) a reference threshold to trigger the application of the emergency relocation scheme; *ii*) a wider scope of the mechanism, including now any applicant with a reasonable likelihood of being granted international protection (and not just of nationalities with a recognition rate of at least 75%, as it currently stands). While these two changes are not questionable *per se*, what is surprising is that the Commission does not seriously address the practical failure (well [documented](#) by the Commission itself) of the first ever experiment of relocation (launched in September 2015 with Decisions No. [2015/1523/EU](#) and No. [2015/1601/EU](#)) and the several legal flaws of the solutions so far envisaged (on this issue, see [Di Filippo](#)). Should be this one the approach pursued by the EU, the often abused expression “Much Ado about Nothing” would prove appropriate.

The second option envisaged in the Communication is less con-

servative and attracts more interest. The determination of responsibility would for the most part no longer be linked with the Member State of first application or irregular entry. Instead, responsibility would be primarily allocated on the basis of a «distribution key» reflecting the relative size, wealth and absorption capacities of the Member States. According to this system, applicants would be directly allocated, on the basis of the distribution key, to another Member State when they make an application anywhere in the EU. What is not explained is how people would be “primarily” or normally allocated to a certain State (maybe a lottery?). At a first sight, this approach looks highly questionable, because persons are not postal packages and due consideration should be given to their actual chance to integrate and to quickly become independent by public aid (as aptly emphasized by the [Italian Council for Refugees](#)). However, another element spelled in the proposal deserves attention and, in my opinion, a better placement in the imagined new infrastructure. The Commission admits that some “overriding criteria” would prevail over the “blind” distribution key: where some connecting factors with a given Member State are present (such as family or dependency links, the best interest of the child, and possession of a visa or residence permit), the asylum seeker would be allocated to this country. This could result in a corresponding deduction from this Member State's allocation under the key.

As for the verification of the occurrence of one of those criteria, two alternatives are suggested: the related assessment should be conducted by the State where the application is lodged *or* by the State assigned according to the distribution key. To my view, in order to avoid duplications, superfluous uncertainties and loss of time, the only reasonable solution would be to carry out this enquiry in the country of first entrance or where the application is presented.

4. More importantly, it seems to me that a more workable balance could be drawn between a distribution key approach and what [elsewhere](#) I referred to as a genuine link approach. Some connecting criteria should be given primacy but in a different way: not as a corrective tool to a bureaucratic, State-centred and somewhat mysterious system of transfer of people in need of international protection, but as a primary title for determining jurisdiction, whenever a mass influx occurs or an ordinary situation is at stake. Only when no substantial link exists with a given Member State, the asylum seeker would be allocated to a country in a sort of casuistic manner, giving precedence to the State with the lowest performance in fulfilling a reference quota (to be determined on a regular basis according to a distribution key). Furthermore, a careful consideration of those primary (and not overriding) criteria is needed: family and dependency links and the best interest of the child are fine, but they may be drafted in restrictive or generous terms. The consequences are not ancillary. If actual compli-

ance with the Dublin system by asylum seekers is sought (and in my opinion, it must be a priority), a reasonable and holistic definition of such criteria is needed. To this respect, the current contents of family and dependency clauses in the Dublin III Regulation are sometimes too restrictive, and should be revised in a more flexible way. Moreover, factors as linguistic and cultural ties, or past study or professional experiences, or private sponsorship (the latter evoked in the Communication but only in the context of legal entry options into the EU territory, at 15) would need careful consideration (see also [UNHCR](#), at 7; the [European Parliament resolution](#) of 12 April 2016 on the situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration, paras. 19 and 33-36). In current EU law some (partial) references to such approach are already present (see [Decision No. 2015/1601](#), recital 34; [Directive No. 2013/32/EU](#), Article 38, para. 2, *sub a* and *c*): here it is advocated a more systematic use of it. In order to contrast the possible objections coming from certain (and only certain) States, an already overburdened country (for instance Germany or Sweden in the current phase) should be afforded the possibility to refuse responsibility, provided that some core family ties are safeguarded (especially to the benefit of minors and of the spouse). In such cases, a less connected country (if present) should be responsible, or the one less engaged in hosting asylum seekers and refugees.

A new system of allocation of competence based on reasonable criteria (and coupled with financial incentives/disincentives for Member States) would favour more compliance by asylum seekers, reduce tension among Member States and ease the integration process of recognized refugees, with significant savings in public expenditure and more social cohesion. Only in this perspective, the somewhat draconian severity towards secondary movements (arising out of almost every paragraph of the Communication, and expressly addressed at 11-12) would perhaps be justifiable (although some solutions therein spelled appear to be excessive, as rightly underlined by [Human Rights Watch](#) and the [British Refugee Council](#)). To this end, option No. 2 by the Commission is a step forward (especially for the circumstance that it certifies the need to distribute asylum seekers in a new manner, more coherent with the principles enshrined in Article 80 TFEU), but it appears as a sort of half-step: a more courageous move is required, in order to get all the potential advantages of this new vision (for further details, see [Di Filippo](#), paras. 3-6).

12 maggio 2016

Riflessioni su proto-integrazione dei richiedenti asilo e diversità culturali

GIANDONATO CAGGIANO (*)

1. Per effetto dell'afflusso di massa degli ultimi mesi, il tema dell'integrazione in relazione ai nuovi arrivi di richiedenti asilo e rifugiati rappresenta una delle priorità del dibattito europeo. Ciò riguarda soprattutto alcuni Stati membri, come la Germania, la Svezia e l'Austria, che ne hanno accolto il maggior numero. Nel totale dei ventotto Stati membri, il *trend* dei richiedenti asilo è in continua ascesa in contemporanea con il blocco quasi totale dei flussi per motivi di lavoro (per un'aggiornata analisi qualitativa e quantitativa, v. DG for Economic and Financial Affairs, [An Economic Take on the Refugee Crisis](#), 7.6.2016).

La risposta europea alla crisi è stata caotica e divisiva fra gli Stati membri, caratterizzata da controversie sulla condivisione di responsabilità della gestione dei flussi migratori e sul "rinvio" dei richiedenti asilo verso i paesi vicini dei Balcani e della Turchia (Paesi terzi "sicuri"). La tanto attesa proposta della Commissione europea di riforma del regolamento Dublino perpetua l'approccio intergovernativo nel metodo asimmetrico negli oneri a svantaggio dei Paesi di "primo approdo", salvo l'inserimento di una chiave di redistribuzione/ricollocazione in casi di emergenza ([COM\(2016\) 270 final](#), 4.5.2016 su cui v. per un primo commento [Di Filippo](#) in questo Blog).

La questione dell'integrazione degli stranieri deve essere affrontata, ripartendo dai principi generali, dal diritto derivato sull'immigrazione legale e dal pacchetto-asilo (CEAS), dalla *soft law* e dall'utilizzo dei fondi dell'Unione. Tra le incertezze politiche, che

(*) Università di Roma Tre.

pongono in crisi il progetto stesso dell'Unione europea, torna il dibattito su vitalità e coerenza dei suoi valori, soprattutto dello stato di diritto, dei diritti fondamentali, dei principi di non discriminazione, tolleranza e solidarietà verso le persone vulnerabili quali sono i rifugiati. L'attuazione dei diritti fondamentali, l'accesso al lavoro e al *welfare* rappresentano lo strumento principale di integrazione verso una tendenziale e progressiva parità di trattamento con i cittadini nazionali (equo trattamento). In ogni caso, il riconoscimento dei diritti non si traduce in una automatica disponibilità e accesso ai beni e ai servizi a cui hanno accesso i cittadini dell'Unione (per l'analisi e l'inquadramento della questione dell'integrazione si rinvia a [Caggiano](#), p. 27 ss.).

Una tesi condivisibile sostiene che, in termini di rischi di stabilità socio-economica o di spreco delle potenzialità umane ed economiche, il costo della “non-integrazione” potrebbe essere molto più alto delle politiche di integrazione dei nuovi arrivati, altrimenti destinati ad una prospettiva di marginalizzazione anziché a divenire motore di crescita nelle società accoglienti. La necessità di una *governance* europea dei flussi migratori presuppone l'attuazione e la riforma del diritto sovranazionale dell'immigrazione e dell'asilo. Al contrario, l'adozione di politiche nazionali e l'approccio intergovernativo rendono più difficile il processo decisionale europeo, soprattutto ove esse non siano coerenti con i valori fondamentali e il principio di solidarietà dell'Unione (come ad esempio nel caso dell'estensione dell'attesa per il ricongiungimento familiare, la modifica delle condizioni di accoglienza per i minori non accompagnati e il respingimento alle frontiere, tramite muri e leggi penali, senza la possibilità di sottoporre una domanda di asilo).

Sull'integrazione specifica dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale, nel contesto dell'integrazione dei cittadini degli Stati terzi, meritano di essere segnalate alcune prese di posizione e iniziative istituzionali dell'Unione: il [Secondo dialogo sulla rule of law](#) del Consiglio Affari generali del 24.5.2016 dedicato ai flussi migratori e il documento della Commissione europea sul Piano d'azione per l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi ([COM\(2016\) 377 final](#), 7.6.2016), che prende in rassegna le potenzialità dei Fondi europei e le indicazioni del Semestre europeo. Significativa anche la visione olistica del Parlamento europeo nel parere di propria iniziativa, [Risoluzione](#) del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione (par. 44).

Il tema della diversità culturale e dell'immigrazione in una società aperta resterà di estrema attualità nei prossimi anni. Anche un gruppo di docenti e ricercatori di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea intende farne occasione di comune lavoro, insieme a tutti i colleghi interessati, all'interno dei Gruppi di interesse della

SIDI su “Diversità culturale” e “Diritto delle migrazioni e dell’asilo”. L’oggetto della riflessione comune è rappresentato dal punto di bilanciamento, in una società aperta, tra la salvaguardia della diversità culturale e l’affermazione dei diritti riconosciuti a ogni individuo in quanto tale (diversità culturale e diritti indisponibili), nonché dai limiti (eventualmente) posti all’affermazione e alla tutela della diversità culturale di individui e gruppi (per un inquadramento e i riferimenti bibliografici di base si rinvia a: [Campiglio](#), p. 1029 ss., oltre che ai numerosi contributi, in [Cataldi, Grado](#)). Su vari aspetti della tematica si è tenuto di recente un importante dibattito fra qualificati studiosi all’Istituto universitario europeo (International Conference, EUI: [The Multicultural Question in a Mobile World](#), April 7-8, 2016).

2. La base giuridica specifica per l’integrazione (art. 79, par. 4, TFUE) permette di adottare misure volte a incentivare e sostenere l’azione degli Stati membri al fine di favorire l’integrazione dei cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Com’è noto, si tratta di una competenza di sostegno completamente e coordinamento dell’Unione, mentre la competenza principale in materia appartiene agli Stati membri.

I vecchi e nuovi migranti irregolari sono invece esclusi da ogni forma di integrazione e, secondo gli atti recenti dell’Unione europea, gli “illegali” recentemente arrivati dovrebbero essere oggetto esclusivamente di misure di rimpatrio. Si dimentica però che gli Stati membri conservano la piena sovranità sui flussi di ingresso (art. 79, par. 5, TFUE) e possono, secondo la direttiva “rimpatri” ([2008/115/CE](#)), regolarizzare e quindi “integrare” anche coloro che sono entrati in maniera irregolare sul loro territorio (art. 5, par. 4: «In qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o un’altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare. In tali casi non è emessa la decisione di rimpatrio»).

La facoltà degli Stati membri di sottoporre i migranti regolari al rispetto delle misure nazionali di integrazione è prevista nella [direttiva 2003/109/CE](#) sui lungo-soggiornanti (art. 5, par. 2; v. sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, [P e S](#), causa C-579/13 e [Nicolosi, D’Alfonso](#)), e nella [direttiva 2003/86/CE](#) sul ricongiungimento familiare (art. 7, par. 2, co. 1; v. sentenze del 10 luglio 2014, [Naime Dogan](#), causa C-138/13 e del 9 luglio 2015, [K e A](#), causa C-153/14, e [Ippolito](#)).

Anche l’ordinamento italiano ([D.P.R. 14 settembre 2011, n. 179](#), Regolamento concernente la disciplina dell’accordo di integrazione tra lo straniero e lo Stato, entrato in vigore il 10 marzo 2012) prevede la firma di un accordo da parte dell’immigrato legale che si impegna a

completare, entro due anni, un determinato numero di attività qualificate come positive evitando comportamenti qualificati come negativi (secondo un meccanismo di crediti/debiti che ricorda la “patente a punti”). L’azzeramento dei crediti comporta la revoca del titolo di soggiorno e la conseguente espulsione, ma non ci risulta che vi sia stato un solo caso giurisdizionale al riguardo. Ne risulta il carattere puramente “ordinatorio” e propagandistico del meccanismo in parola, che meriterebbe di essere abrogato per gli innumerevoli profili di incostituzionalità.

I richiedenti asilo appena arrivati si confrontano con problemi specifici, come i postumi dai traumi subiti, la mancanza di documentazione (compresa quella relativa alle qualifiche professionali), ma anche le barriere culturali e linguistiche e le difficoltà in materia di istruzione e alloggio a fronte di *standard* minimi di tutela (previsti nel secondo pacchetto-asilo). Durante la procedura di riconoscimento si realizza spesso un lungo periodo di inattività, non mitigato dalla facoltà di accesso al mercato del lavoro che non offre loro opportunità (legali). Pertanto, almeno per i nuovi richiedenti asilo (con elevata probabilità di vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato o di beneficiario di protezione internazionale), sarebbe auspicabile la creazione di una “corsia normativa ed operativa” di integrazione precoce (*early integration* o proto-integrazione) e accelerata (*fast-track*). Questa prospettiva non è stata approfondita negli atti più recenti dell’Unione, dopo una prima iniziale posizione favorevole dei servizi della Commissione (v. DG Migration and Home Affairs, in una presentazione alle organizzazioni della società civile, alle autorità locali e regionali e altri *stakeholder*, riportata da [Ryngbeck](#), 23 marzo 2016).

Nell’interesse reciproco dello sviluppo delle potenzialità e della dignità di persone destinate a soggiornare un lungo periodo nelle società di accoglienza, l’approccio favorevole alla *proto-integrazione* dovrebbe essere opportunamente realizzato tramite la prevista adozione di nuovi regolamenti sul diritto d’asilo. La Commissione si propone di uniformare tali regole ([COM\(2016\) 197 final](#), 6.4.2016, Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa). In caso di prevedibili contrasti a tale processo legislativo, le esigenze di *proto-integrazione* potrebbero comunque essere sviluppate, a legislazione europea invariata, nelle politiche degli Stati membri più consapevoli e sensibili, anche con l’innalzamento degli *standard* minimi di accoglienza previsti a livello europeo. Infatti, il sistema europeo dell’asilo è caratterizzato da differenze sostanziali fra gli ordinamenti degli Stati membri, che, insieme a motivazioni culturali e familiari, incoraggiano i movimenti secondari dei rifugiati e la loro “ritrosia” alla registrazione-dati nel primo Paese di ingresso.

L’armonizzazione minimale attuale riguarda *la fase di attesa dell’esito delle domande presentate* (secondo la direttiva “accoglien-

za” [2013/33/UE](#): scolarizzazione e istruzione dei minori *ex art.* 14, accesso al lavoro entro un massimo di nove mesi *ex art.* 15, accesso alla formazione professionale *ex art.* 16, condizioni materiali di accoglienza e assistenza sanitaria *ex art.* 17) e *la fase successiva al riconoscimento dello status* di rifugiato o di beneficiario della protezione internazionale (secondo la direttiva “qualifiche” [2011/95/UE](#): accesso agli strumenti specifici di integrazione *ex art.* 34: «Al fine di facilitare l’integrazione dei beneficiari di protezione internazionale nella società, gli Stati membri garantiscono l’accesso ai programmi d’integrazione che considerano adeguati, in modo da tenere conto delle esigenze particolari dei beneficiari dello *status* di rifugiato o dello *status* di protezione sussidiaria, o creano i presupposti che garantiscono l’accesso a tali programmi»; accesso all’occupazione *ex art.* 26, accesso all’istruzione *ex art.* 27, riconoscimento delle qualifiche professionali *ex art.* 28, assistenza sociale *ex art.* 29, assistenza sanitaria *ex art.* 30, alloggi e altre condizioni speciali dei minori non accompagnati *ex art.* 31, accesso all’alloggio *ex art.* 32).

Soprattutto nella direttiva “qualifiche”, la *ratio* delle norme in parola è ben chiara nel *considerando* 45 («Per scongiurare soprattutto il disagio sociale, è opportuno offrire ai beneficiari di protezione internazionale assistenza sociale e mezzi di sostentamento adeguati, senza discriminazioni in materia di servizi sociali [...] La possibilità di limitare tale assistenza alle prestazioni essenziali deve intendersi nel senso che queste ultime comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l’assistenza in caso di malattia o di gravidanza e l’assistenza parentale, nella misura in cui le medesime prestazioni siano offerte ai cittadini conformemente al diritto nazionale») e nel *considerando* 47 («I programmi di integrazione rivolti ai beneficiari dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria dovrebbero tenere conto, per quanto possibile, delle particolari esigenze e delle specificità della situazione degli interessati, ivi inclusa ove opportuno, l’offerta di una formazione linguistica e di informazioni sui diritti e sugli obblighi individuali connessi allo *status* di protezione riconosciuto nello Stato membro in questione»).

Gli *standard* minimi di accoglienza potrebbero essere rafforzati nella loro attuazione nazionale per intraprendere al più presto il processo di integrazione.

3. Non è qui possibile approfondire il contenuto dei Principi fondamentali comuni della politica di integrazione degli immigrati nell’Unione europea (adottati dal Consiglio e dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, [Doc. 14615/04](#), 2618^a Sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, 19 novembre 2004) e della comunicazione della Commissione del 20 luglio 2011 sull’Agenda europea per l’integrazione dei cittadini di Paesi terzi.

Basti ricordare alcuni *considerando* delle Conclusioni del Con-

siglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri sull'integrazione dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti legalmente nell'Unione europea (Consiglio Giustizia e interni del 5-6 giugno 2014 che approva il [Doc. 9905/1/14 Rev. 1](#), 26 maggio 2014). In particolare: *considerando* 1: «le misure di integrazione rientrano nella competenza degli Stati membri e riflettono e tengono in conto i loro bisogni, la loro storia e il loro quadro giuridico. Tali misure devono essere attuate in conformità dell'*acquis* dell'UE»; e *considerando* 3: «L'integrazione è un processo dinamico e bidirezionale di adeguamento reciproco da parte di tutti i migranti e tutti i residenti degli Stati membri. Tale processo richiede sforzi da parte sia dei migranti sia delle società di accoglienza ed è essenziale per sfruttare le potenzialità della migrazione e migliorare la coesione sociale».

Nello stesso atto si ritrova il “nucleo duro” del Progetto europeo: «la diversità è una caratteristica arricchente e permanente delle società europee, di cui i migranti costituiscono una parte essenziale. Tutti i residenti negli Stati membri dell'UE dovrebbero rispettare la diversità nonché i valori fondamentali su cui si fondano le società europee, quali i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto». Si ritrova anche per intero la filosofia dell'azione da portare avanti in questa difficile fase: «*i*) dovrebbero essere compiuti ulteriori sforzi per trovare un approccio più equilibrato per salvaguardare i valori fondamentali su cui si fondano le società europee, combattere i pregiudizi e rispettare la diversità al fine di rafforzare la tolleranza e la non discriminazione nelle società europee; *ii*) La cooperazione volontaria tra Paesi di accoglienza e Paesi di origine in una fase precedente la partenza potrebbe facilitare l'accoglienza e l'integrazione a livello nazionale, regionale e locale; *iii*) un approccio globale e olistico all'integrazione presuppone, tra l'altro, politiche e misure di accoglienza efficaci che rispondano ai bisogni specifici sia dei singoli sia dei diversi gruppi di migranti, che sono a maggior rischio di esclusione sociale, compresi i beneficiari di protezione internazionale; *iv*) gli Stati membri dell'UE sono incoraggiati a coinvolgere il settore privato negli sforzi volti a rispettare la diversità, a rafforzare la non discriminazione sul luogo di lavoro e a collaborare strettamente con le parti sociali e la società civile».

Significativa la posizione del Parlamento europeo nella [Risoluzione](#) del 12 aprile, al par. 44: «mette in rilievo che gli Stati membri ospitanti devono offrire ai rifugiati sostegno e opportunità di integrarsi e costruirsi un futuro nella loro nuova società; osserva che ciò dovrebbe includere necessariamente l'alloggio, corsi di alfabetizzazione e di lingua, il dialogo interculturale, l'istruzione e la formazione professionale come pure l'accesso effettivo alle strutture democratiche della società, come previsto nella direttiva qualifiche; fa presente che i rifugiati, esattamente come i cittadini dell'Unione, hanno diritti e doveri negli Stati membri di accoglienza; sottolinea pertanto che

l'integrazione è un processo bidirezionale e che il rispetto dei valori su cui è costruita l'Unione deve essere parte integrante del processo d'integrazione, così come deve esserlo il rispetto dei diritti fondamentali dei rifugiati».

Il secondo [dialogo](#) annuale del Consiglio Affari generali sulla "rule of law" del 24 maggio 2016 è stato dedicato alle sfide che i flussi migratori creano per il rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea (art. 2 TUE) da parte degli Stati membri per l'accoglienza di richiedenti asilo e rifugiati e da parte di quest'ultimi a livello individuale nell'ambito delle società di accoglienza. Secondo il Consiglio: «The rule of law is one of the fundamental values of the European Union and a cornerstone of European cooperation [...] The significant inflows of refugees are without doubt a test to these values. But only by respecting these values ourselves and ensuring their respect by those who come to us we will be able to overcome the migration challenge and successfully integrate refugees in our societies».

Per meglio comprendere il contesto politico-giuridico della posizione del Consiglio occorre riferirsi brevemente all'High Level Seminar on the Topic of EU Fundamental Values, Immigration and Integration (seminario preparatorio del dialogo organizzato dalla Presidenza olandese tenutosi a Strasburgo, il 2 febbraio 2016). I suoi risultati sono riportati in un documento (*non paper*) che sintetizza, nella forma di un resoconto sommario, il dibattito attuale in materia ([Doc. 8774/16, Annex EU Fundamental Values, Immigration and Integration: A Shared Responsibility](#), 13 May 2016). Il rapporto si concentra su un certo numero di temi: il problema dell'integrazione tra responsabilità comune e solidarietà di tutti gli Stati membri; la reciproca relazione fra valori e diritti; l'intreccio delle sfide della migrazione. Vale la pena di sintetizzare alcune delle numerose affermazioni giuridicamente rilevanti del *non-paper* in parola. Ecco le principali. I valori dello Stato di diritto e i diritti fondamentali sono elementi costitutivi dell'identità europea. La reciprocità fra condivisione dei valori e godimento dei diritti fondamentali è elemento determinante nel processo a lungo termine per l'integrazione dei migranti. Gli Stati membri hanno il dovere di rispettare i valori fondamentali dell'Unione europea e i diritti per l'accoglienza e l'integrazione. La comprensione e la sottoscrizione di questi valori fondamentali da parte di rifugiati e migranti è un elemento essenziale della partecipazione alla società di accoglienza. Il concetto di responsabilità nel rapporto bilaterale dell'integrazione serve anche per la narrazione del fenomeno e la costruzione del sostegno dell'opinione pubblica. Tutti hanno il diritto di partecipare alla vita sociale, ma occorre che condividano i valori europei. Quando l'autodeterminazione individuale è in conflitto con l'autodeterminazione di un gruppo, la reciprocità può diventare un problema. Certo gli *standard* della Carta dei diritti fondamentali e della CEDU sintetizzano quanto ci si attende dai nuovi arrivati nelle so-

cietà europee. La Carta sancisce i diritti coinvolti nel processo di integrazione di migranti e rifugiati, tra cui la libertà di espressione e di religione, nonché il diritto alla parità e alla non discriminazione.

4. La comunicazione della Commissione del 7 giugno 2016 ([COM\(2016\) 377 final](#), *Action Plan on the Integration of Third Country Nationals*) presenta un quadro politico-strategico che individua orientamenti e misure di sostegno operativo e finanziario dell'Unione europea alle politiche degli Stati membri.

Sul piano delle definizioni e dei principi, la comunicazione ribadisce: «This dynamic two-way process on integration means not only *expecting* third-country nationals to embrace EU fundamental values and learn the host language but also *offering* them meaningful opportunities to participate in the economy and society of the Member State where they settle [...] Actively contributing and being allowed to contribute to the political, cultural and social life is at least as important to creating a sense of belonging and feeling fully anchored in the host society and to building socio-economically thriving societies. Developing welcoming, diverse and inclusive societies is a process that needs the engagement both of the third country nationals and of the receiving society. The promotion of intercultural dialogue, including interreligious dialogue between faith communities, of respect for human rights, and of European values is essential» (*ivi*, p. 5).

Le politiche d'integrazione dei cittadini di Paesi terzi restano una competenza nazionale, ma molti Stati membri si trovano ad affrontare sfide analoghe. Le azioni proposte riguardano aree cruciali, quali: le misure d'integrazione che precedono la partenza e l'arrivo, in particolare per le persone reinsediate con evidente bisogno di protezione internazionale; l'istruzione, l'occupazione e la formazione professionale; l'accesso ai servizi di base; la partecipazione attiva e l'inclusione sociale. Nelle loro politiche di integrazione, gli Stati membri sono invitati a predisporre un *fast-track* per l'integrazione veloce nel mercato del lavoro dei cittadini di Paesi terzi appena arrivati, per esempio attraverso la valutazione precoce delle competenze e delle qualifiche, il linguaggio combinato e la formazione *on-the-job*, orientamenti specifici e *mentoring* ([COM\(2016\) 377 final](#), par. 7). Nel quadro dell'*Agenda per le nuove competenze per l'Europa. Lavorare insieme per rafforzare il capitale umano, l'occupabilità e la competitività* ([COM\(2016\) 381/2](#) – di prossima pubblicazione), la Commissione sosterrà l'integrazione nel mercato del lavoro anche con vari strumenti volti a migliorare le competenze dei migranti e a riconoscere e mettere a profitto le qualifiche di cui sono già in possesso.

5. La Commissione prevede invece un approccio più strategico e coordinato all'uso dei fondi UE a sostegno delle misure d'integrazione nazionali. Nel contesto europeo (v. ad es. [COM\(2015\) 240 final](#),

13.5.2015, *Agenda sull'immigrazione dell'Unione europea*) l'accento viene posto sui finanziamenti del Fondo Asilo, migrazione e integrazione (AMIF), del FESR e del FSE (delle cui risorse almeno il 20% è destinato nel periodo di programmazione 2014-2020 a misure per l'inclusione sociale, ivi compresa l'integrazione dei migranti in particolare dei richiedenti asilo, dei rifugiati e dei minori). Le iniziative degli Stati membri interessate dai finanziamenti riguardano le competenze linguistiche e professionali, l'accesso ai servizi e l'accesso al mercato del lavoro, un'istruzione inclusiva e scambi interculturali, e campagne di sensibilizzazione rivolte sia alle comunità di accoglienza che ai migranti (per un quadro riassuntivo sul mercato di lavoro per i rifugiati, v. [Kraatz,Dimova; id.](#)).

La questione dell'integrazione non riguarda più soltanto l'utilizzo dei fondi strutturali, ma anche il sistema di supervisione macroeconomica delle economie nazionali. Nel contesto della strategia Europa 2020 e del Semestre europeo, gli esiti dell'integrazione dei cittadini di Paesi terzi sono analizzati nel contesto delle relazioni e delle raccomandazioni specifiche per Paese, con particolare attenzione alla integrazione nel mercato del lavoro, e la formazione, al fine di promuovere una migliore inclusione sociale ([COM\(2016\) 95 final/2](#), 7.4.2016, *Semestre europeo 2016: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del regolamento (UE) n. 1176/2011*). In particolare, nell'obiettivo *Proseguire le riforme strutturali per modernizzare le economie, Occupazione e politica sociale*, la questione è trattata al par. 5.2: «L'integrazione efficace dei migranti e dei rifugiati in alcuni Stati membri richiede un'attenzione particolare. L'arrivo massiccio di migranti e rifugiati nel corso dell'ultimo anno costituisce un'importante sfida per numerosi Stati membri e per l'UE, ma è anche un'opportunità, in particolare per gli Stati membri che stanno vivendo cambiamenti demografici [...] Un'integrazione efficace richiede, tra l'altro, una valutazione precoce delle competenze, un rapido riconoscimento delle qualifiche e una formazione linguistica appropriata al fine di garantire un accesso tempestivo ed efficace al mercato del lavoro, all'assistenza sanitaria e al mercato degli alloggi. Data la quota elevata di bambini e giovani (circa il 26%), i sistemi di istruzione, in particolare, devono adattarsi rapidamente e offrire specifici programmi per lo sviluppo di competenze generali e linguistiche. Anche un'integrazione proficua delle donne richiede particolare attenzione».

6. Dopo gli [eventi di Colonia](#) e l'avanzata dei partiti anti-stranieri, il dibattito sull'integrazione degli stranieri e sull'impatto della diversità di culture (secondo alcuni: lo "scontro di culture") è diventato ancora più urgente a livello istituzionale per la creazione di una "società aperta" che tenga ancora conto di valori e obiettivi

dell'integrazione europea. Molti decisori politici pongono in discussione gli effetti positivi della diversità culturale e alcuni commentatori si domandano se la promozione della coesione sociale ponga limiti all'esistenza della diversità culturale tra migranti e maggioranza della società di accoglienza.

La progressiva stabilizzazione dei migranti nei paesi di immigrazione determina la convivenza fra soggetti portatori di culture diverse (multiculturalismo polietnico), che dovrebbero cercare un modello di proficua interazione e convivenza. In estrema sintesi, mentre il modello assimilazionista si riferisce all'eguaglianza formale e alla neutralità dello Stato di fronte alle differenze culturali (modello francese), il modello multi-culturalista (inglese) privilegia il principio dell'eguaglianza sostanziale che giustifica trattamenti differenziati o azioni positive a favore di una minoranza. In linea di principio, tali modelli di riferimento dovrebbero rispecchiarsi in differenti politiche: la prima a carattere unidirezionale delle minoranze di migranti verso la maggioranza; la seconda di reciproco adattamento fra le minoranze costituite dai migranti e la maggioranza dei cittadini autoctoni.

Nella letteratura filosofica e politologica si contrappongono la posizione liberale sulla neutralità dello Stato rispetto alle due concezioni etico-privata e comunitarista. La dottrina liberale pone l'accento sulla richiesta di riconoscimento delle identità dei singoli e delle comunità di migranti, portatori di propri valori culturali, anche se è ovvio che la nozione stessa di "identità" ha carattere dinamico nell'ambito di un fenomeno di continua "ibridizzazione". Al modello liberale si contrappone il "modello comunitarista" di integrazione, che valorizza il popolo come un'unità identificata da valori e stili di vita comuni rispetto ai quali deve esserci l'adesione dello straniero. Significative appaiono le criticità che tale modello comporta: l'esasperato approfondimento della storia e della cultura nazionale; l'affermazione indiscussa di pratiche che in realtà appaiono problematiche nella stessa società nazionale; l'esaltazione dei comportamenti di carattere tradizionale, l'identificazione fra radicalismo religioso e minaccia all'ordine pubblico e alle libertà costituzionali. Soprattutto, occorre osservare come un processo di integrazione che abbia per obiettivo l'assimilazione del migrante può porsi nelle sue modalità di attuazione in contrasto con principi e diritti costituzionali, quali il pluralismo, il diritto al libero sviluppo della personalità e alla vita privata e familiare, la libertà religiosa e di espressione.

Nello sviluppo del liberalismo democratico, il filosofo *québécois* Charles Taylor ritiene possibile considerare al contempo la richiesta di riconoscimento dell'eguale dignità delle persone e della specifica identità dei singoli e dei gruppi. Alla tutela dei diritti soggettivi possono essere associati trattamenti diversi per gruppi specifici che tengano conto delle loro diversità culturali. Tale apertura, secondo Jürgen Habermas, è possibile se nello Stato liberale assume un ruolo

rilevante il processo democratico di formazione delle deliberazioni collettive. È proprio nello spazio della discussione pubblica democratica che le richieste di riconoscimento possono essere condivise nell'ambito di una cultura civica e costituzionale. In questo senso, il "patriottismo costituzionale" potrebbe subentrare al "collante" del nazionalismo quale fondamento dell'integrazione in società nazionali sempre più differenziate. Questo fenomeno dovrebbe assumere la forma dell'approvazione/accettazione dei principi costituzionali dello Stato di diritto da parte del migrante (integrazione costituzionale), ma non comportare acculturazione e adozione di mentalità, pratiche e abitudini della cultura (assimilazione etico-culturale). Rilevante al riguardo la distinzione tra consenso sui valori sostanziali e consenso sulle procedure: l'integrazione si realizzerebbe nelle società complesse proprio tramite il consenso sulla legittimità delle procedure di produzione giuridica ed esercizio del potere pubblico. L'universalismo dei principi giuridici si rifletterebbe così in un consenso procedurale che condurrebbe successivamente ad un'attuazione concreta secondo la cultura politica nazionale in uno specifico momento storico. Si segnala che il [saggio](#) di Taylor sulla politica del riconoscimento associata al multiculturalismo è riproposto con commento di Habermas. Infine, in questo breve compendio del dibattito in materia, vale la pena segnalare [Zagrebel'sky](#) che ha differenziato l'integrazione, implicante «l'omologazione alla cultura dominante e ai suoi "valori"» dall'interazione, «aperta all'evoluzione e alle reciproche influenze, in vista di un orizzonte umano comune» (p. 124 ss.).

Proprio i cambiamenti nella composizione delle società per effetto dell'immigrazione sono alla base di una nuova teoria dei diritti della maggioranza di [Orgad](#), che si autodefinisce una teoria liberale. Negli ultimi anni, le liberal-democrazie avrebbero introdotto politiche di immigrazione e di naturalizzazione che riconoscono il diritto delle minoranze di mantenere la loro identità culturale, mentre i gruppi maggioritari non avrebbero avuto bisogno di un diritto simile né preteso una base morale per una analoga tutela. La tesi in rapida ascesa anche quale supporto al montante nazionalismo sostiene che i tentativi della maggioranza di proteggere gli elementi essenziali della propria cultura non rappresenti un abbandono delle loro tradizioni liberali, o una convergenza verso il nazionalismo estremo. Sul volume si è comunque svolto un interessante dibattito sul [Verfassungblog](#) con contributi di [Joppke](#), [Kaufmann](#), [Fletcher](#), [Yakobson](#), [Hansen](#), [Blokker](#), [Owen](#), [Abraham](#), [Dumbrava](#).

In conclusione, la gestione equilibrata del possibile conflitto tra diritti umani universali e identità culturali costituisce un aspetto qualificante della legittimazione democratica dello Stato democratico-pluralista. In una società aperta, il rapporto della maggioranza autoctona con i migranti è basato sul rispetto dei diritti universali e sul principio di non discriminazione per razza, religione e sesso: «La società

aperta è aperta al maggior numero possibile di idee e ideali differenti, e magari contrastanti. Ma, pena la sua autodissoluzione, non di tutti: la società aperta è chiusa solo agli intolleranti. E fonte privilegiata dell'intolleranza è la presunzione fatale di credersi possessori di una verità assoluta, dell'unico valore, di essere nel diritto, e di avere il dovere, di imporre questa verità e questo valore» ([Popper](#), dalla IV di copertina).

Negli ordinamenti costituzionali degli Stati occidentali, la diversità culturale poggia sull'eguaglianza dei diritti, ma i valori costituzionali non sono eticamente neutri. Peraltro, il pluralismo culturale e religioso originato dai flussi migratori e dei rifugiati presenta aspetti diversi dal pluralismo costituzionale classico concepito per le dinamiche "interne" della società nazionale.

7. Una postilla sull'evoluzione normativa a livello nazionale. A seguito della recente crisi dei flussi migratori sulla rotta balcanica, la questione dell'accoglienza dei nuovi arrivati e dell'integrazione ha assunto un rilievo di grande attualità e urgenza per la Germania, che ha cambiato le regole per il diritto d'asilo a partire dal 23 ottobre 2015 (*Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz*, [BGBl. 2015 I S. 1722](#)).

Tra le misure, ci sono l'accelerazione delle procedure d'esame delle richieste di asilo, il prolungamento della permanenza nei centri di accoglienza da tre a sei mesi (l'*iter* di una richiesta dura in media cinque), la possibilità di contratti di lavoro temporaneo già dopo tre mesi dall'arrivo, l'organizzazione di corsi di lingua e cultura nei centri di accoglienza.

Il Governo tedesco ha poi sottoposto al Parlamento il 24 maggio 2016, la [proposta](#) di legge sull'integrazione dei richiedenti asilo ed dei titolari della protezione internazionale, creando un rapporto soggettivo fra stato e migranti (*fördern und fordern*, vale a dire promuovere i diritti e pretendere i doveri). La proposta afferma che l'integrazione deve basarsi sul lavoro e individua canali "privilegiati" di accesso al lavoro e alla formazione professionale con l'obiettivo di raggiungere centomila posti di lavoro. Notevoli gli investimenti per misure connesse all'apprendimento della lingua tedesca ed alla conoscenza degli orientamenti civici e culturali. Il mancato impegno degli stranieri per raggiungere le condizioni minime di integrazione porterebbe automaticamente alla perdita del permesso di soggiorno e delle relative prestazioni sociali.

Che si possano e si debbano trovare soluzioni bilanciate tra oneri dello Stato ospite e diritti dei beneficiari di protezione internazionale che percepiscano un aiuto sociale, lo ha statuito anche la Corte di giustizia nella [sentenza](#) del 1° marzo 2016, *Alo e Osso* (cause riunite C-443/14 e C-444/14). La Corte ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario la previsione legislativa sull'imposizione di limiti alla circolazione sul territorio tedesco, proprio bilanciando le forme della mi-

gliore integrazione in base ad una localizzazione diffusa di tali persone.

29 giugno 2016

Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune di asilo in materia di qualifiche, procedure e accoglienza

GIANDONATO CAGGIANO (*)

Di recente le politiche di asilo e integrazione sono messe in discussione, a seguito di fatti di cronaca nera o di terrorismo attribuiti a richiedenti-asilo, rifugiati o cittadini europei di seconda generazione. La crisi dei flussi migratori sulla rotta balcanica (2015-16) ha peraltro evidenziato l'inadeguatezza dell'attuale Sistema comune europeo di asilo (SECA) che non sembra realizzare pienamente il diritto primario del TFUE e della Carta dei diritti fondamentali. Sono evidenti sia la crisi del sistema di Dublino, malgrado il meccanismo correttivo delle decisioni di ricollocazione, sia le persistenti differenze degli ordinamenti nazionali dopo due generazioni di direttive.

A pochi anni dall'entrata in vigore del II Pacchetto SECA (2013-15), la Commissione ne propone una nuova modifica integrale. Alla [proposta di regolamento Dublino IV](#) seguono, a breve distanza di tempo, tre nuove proposte: [qualifiche](#) e [procedure](#) in sostituzione delle direttive in vigore (e breve modifica della [direttiva lungo-soggiornanti](#)) e la rifusione della [direttiva-accoglienza](#). La Commissione propone la trasformazione di due direttive in regolamenti, che contengono però ancora varie norme opzionali (non *self-executing*) per gli Stati membri, e la rifusione della direttiva in materia di accoglienza, strumento giuridico preferibile perché meno invasivo dell'azione degli Stati-membri in un settore così sensibile.

L'intento dichiarato del nuovo pacchetto SECA è quello della

(*) Università di Roma Tre.

deterrenza dei movimenti secondari e dell'*asylum shopping* per i richiedenti la protezione internazionale. Le proposte intendono promuovere, in primo luogo, procedure ridotte e veloci di esame delle domande, anche per ridurre l'onere dell'accoglienza in attesa di decisioni amministrative con bassi indici di riconoscimento e dell'esito dei ricorsi spesso più favorevoli; in secondo luogo, "retrocedere" la responsabilità dell'esame delle domande (e della conseguente protezione) ai Paesi di primo asilo o terzi-sicuri (se sono disponibili a riprenderli) in cui siano transitati i profughi o rinviare i richiedenti ai Paesi di origine considerati sicuri.

Le tre proposte completano il quadro giuridico di cui fa parte la proposta di regolamento Dublino IV, che non ha inteso incidere sulla suddivisione della responsabilità e l'asimmetria degli oneri tra Stati-membri frontalieri e di seconda-linea. Il criterio proposto di determinazione della competenza resta il Paese di primo ingresso, salvo i casi nei quali esistano rapporti familiari in un altro Stato-membro. Tuttavia, nell'ipotesi di un'eccessiva pressione sul sistema nazionale d'asilo si prevede un meccanismo correttivo ("di equità") in base ad una quota-limite calcolata su dimensioni e ricchezza di ciascuno Stato-membro. Nel caso di superamento di tale quota, i richiedenti dovranno essere ricollocati negli altri Stati-membri ma si è già osservato nella prassi quanto difficile sia attuare il meccanismo di ricollocazione. Gli Stati-membri potrebbero però non parteciparvi in cambio del versamento di un elevato e "sproporzionato" contributo finanziario per ciascun richiedente "rifiutato". La proposta rappresenta solo una provocazione sulla necessità di condividere la responsabilità tra gli Stati membri e di porre un obbligo di condivisione per gli Stati membri "recalcitranti".

Le vicende del diritto di asilo sono collegate integralmente alle relazioni inter-governative tra gli Stati-membri mentre si attenua la natura individuale del diritto d'asilo (il riconoscimento dello *status* di rifugiato è un atto declaratorio (considerando (18): «The recognition of refugee status is a declaratory act», identico al *considerando* (21) della direttiva 2011/95). La conseguenza concreta di questa natura si scorge, almeno per quanto riguarda il *non-refoulement* (v. [Cherubini](#), p. 206 s.) anche se sono garantiti i diritti fondamentali, prima, durante e dopo il riconoscimento dello *status*. Al riguardo, l'aspetto positivo della riforma in commento consiste proprio nel rafforzamento delle garanzie procedurali, relativamente al colloquio personale, al diritto all'assistenza legale gratuita e al tutoraggio per i minori non accompagnati.

Lo sviluppo dell'*acquis* comunitario è messo a rischio dalle proposte volte ad introdurre restrizioni e limiti al sistema europeo di accoglienza. In generale, è nostra opinione che non esistano meccanismi, termini e condizioni rigorose per bloccare le aspirazioni di persone verso una prospettiva di vita nello Stato-membro in cui abbiano

collegamenti linguistico-culturali, professionali e relazionali. Per fortuna, a diritto vigente, è impossibile rimpatriare/espellere chi abbia acquisito nel frattempo lo statuto di lungo-soggiornante, ma si propone di modificare la relativa direttiva, ricalcolando daccapo il *dies a quo* dei cinque anni necessari per l'acquisizione, quale sanzione a seguito dell'accertamento di movimenti secondari del richiedente.

La chiusura della fortezza-Europa non appare a nostro avviso una risposta adeguata al momento di crisi ma non è qui possibile argomentare sulle politiche di sostegno auspicabile a favore delle persone traumatizzate da violenze o situazioni di guerra né sugli antidoti per invertire i limiti (evidenti da anni) dell'integrazione di molti cittadini europei naturalizzati o di seconda generazione. Sul piano politico cresce il dibattito sul miglior *modus operandi* per l'isolamento culturale dei fenomeni di estremismo, accanto al loro contrasto per mezzo di strumenti legislativi, di polizia e d'intelligence. Si tratta certo di un tema che troverà crescente spazio nell'opinione pubblica, nella riflessione scientifica e, auspicabilmente, nella politica sociale europea.

2. L'oggetto della proposta di regolamento-qualifiche continua a essere duplice come per la direttiva in vigore: stabilisce, da un lato, le norme per il riconoscimento della qualifica di rifugiato o beneficiario di protezione internazionale; dall'altro, il contenuto dei diritti e obblighi che contraddistinguono gli status. Non vi è una disposizione che consenta di concedere un trattamento più favorevole a livello nazionale ma gli Stati membri sono liberi di concedere uno status umanitario purché ciò non generi confusione sulla tipologia di protezione accordata (art. 3 (2)).

Nella proposta sono introdotti a carico del richiedente alcuni obblighi: sostanziare la domanda fornendo tutti gli elementi a propria disposizione, cooperare con le autorità e restare sul territorio nel corso della procedura (art. 4 (1)).

La proposta impone agli Stati-membri l'obbligo di sottoporre lo status di rifugiato e di beneficiario della protezione sussidiaria a condizione risolutiva in caso di cessazione delle circostanze esistenti al momento del riconoscimento. Al riguardo, la facoltà di rivedere lo status di protezione, caduta in obsolescenza nella prassi di molti Stati membri, si trasforma in un vero e proprio obbligo di revisione al momento del rinnovo dei permessi, prima che si consolidi tramite l'acquisto dello status di lungo-soggiornante. La proposta obbliga le autorità nazionali a revocare, cessare o rifiutare il rinnovo dello status di protezione internazionale quando ne siano cessati i motivi o siano applicabili *ex novo* dei motivi di esclusione (articoli 14 (1) e 20 (1)), in occasione del rinnovo del permesso di soggiorno previsto per i rifugiati e per i beneficiari di protezione sussidiaria (due i rinnovi previsti (articoli 15 (1) (a) e 21 (1) (b))).

In tale prima fase, il diritto d'asilo e alla protezione sussidiaria

rischia di affievolirsi, confondendosi con la protezione temporanea il cui regime, peraltro, non è mai decollato nel diritto dell'Unione. In base ad una deriva rigorista, gli status di rifugiato e di beneficiario di protezione sussidiaria sarebbero così ulteriormente precarizzati. Ove gli status siano revocati, le persone interessate potrebbero comunque salvarsi dal rimpatrio nell'arco di un breve "periodo di grazia" (tre mesi), avvalendosi di altri motivi di soggiorno (permesso umanitario, di lavoro, *blu card*, ecc.). Su tale aspetto della riforma, il Parlamento europeo dovrebbe opporsi al fine di non peggiorare la situazione giuridica dei rifugiati e beneficiari di protezione internazionale il cui percorso di vita è già precario in sé.

Alcune proposte codificano la giurisprudenza della Corte di giustizia. In primo luogo, l'autorità nazionale accertante non può decidere sul presupposto che il richiedente si comporterà discretamente o si asterrà da pratiche inerenti la sua identità nel suo paese di origine, per evitare il rischio di persecuzione (art. 10 (3)) (v. [sentenza della Corte del 7 novembre 2013, X, Y e Z](#)). In secondo luogo, la commissione di alcuni reati, in particolare atti crudeli e terroristici anche se con motivazioni politiche, esclude la possibilità di riconoscimento dallo status di rifugiato (art. 12 (5)) (v. [sentenza della Corte \(Grande Sezione\) del 9 novembre 2010, B e D](#)). In terzo luogo, è possibile limitare la libertà di movimento dei beneficiari di protezione internazionale all'interno di uno Stato membro, ove necessario per la loro integrazione (art. 28 (2)) (v. [sentenza della Corte \(Grande Sezione\) del 1° marzo 2016, Osso e Alo](#)).

Per quanto riguarda i rapporti di famiglia (art. 25), la portata è estesa per includere i parenti stretti in forza dei rapporti di dipendenza con il richiedente che spesso si sono stabiliti nei campi-profughi a seguito del prolungato periodo di transito, dopo l'abbandono del paese di origine e prima dell'arrivo sul territorio degli Stati membri. Un considerando chiarisce che tali disposizioni costituiscono *lex specialis* rispetto alla direttiva sul ricongiungimento familiare.

Il Capitolo VII prevede il contenuto della protezione (disposizioni generali, diritti connessi all'integrazione e diritti connessi alla residenza). Alcune modifiche riguardano i documenti di soggiorno e di viaggio, così come la portata dell'accesso ai diritti, in particolare quelli a carattere sociale. Alcuni diritti, quali l'accesso al lavoro e alla sicurezza sociale sono collegati al permesso di soggiorno (art. 22 (3)).

3. Un aspetto positivo della riforma è il rafforzamento delle garanzie nel regolamento-procedure. Il diritto del richiedente a essere ascoltato comporta l'obbligatorietà del colloquio personale, con l'assistenza dell'interprete, nelle fasi dell'ammissibilità e di merito (art. 12 (1) (8)). L'intervista deve essere registrata e i consulenti legali avere accesso alla registrazione o alla trascrizione della stessa prima che l'autorità prenda una decisione (art. 13). I diritti all'assistenza le-

gale gratuita e alla rappresentanza sono garantiti nello svolgimento di tutte le fasi della procedura salve poche eccezioni (art. 15 (1)). Il diritto a un effettivo ricorso comporta che il richiedente-asilo abbia il diritto di rimanere nel territorio fino al termine del primo livello di appello e, se del caso, in attesa dell'esito del ricorso (art. 54 (1)).

Un'altra importante garanzia è quella per i minori non-accompagnati ai quali deve essere assegnato prontamente un tutore (art. 22 (1)), che non deve avere la responsabilità di un numero troppo elevato di minori (art. 22 (4) primo comma). La sua attività è sottoposta a meccanismi di monitoraggio e alla verifica di eventuali reclami (ivi, secondo comma).

La priorità del regolamento-procedure è costituita dall'esame delle domande nel più breve *iter* complessivo; in particolare, le fasi della presentazione, registrazione, decisione e ricorso presentano scadenze più ravvicinate. La proposta di regolamento-procedure prevede che la procedura ordinaria amministrativa o quasi-giudiziale (di durata variabile oggi da Stato a Stato), abbia un termine massimo di sei mesi, rinnovabile per altri tre mesi (art. 34(2) e (3)). Tale durata può essere ulteriormente prolungata sino a quindici mesi, come nella direttiva in vigore, solo quando l'esame della domanda sia sospeso a causa del cambiamento di circostanze nel Paese d'origine del richiedente (art. 34 (5)).

La Commissione riconosce la difficoltà di rispettare termini così ridotti ma esalta il sostegno tecnico-operativo che può essere fornito dall'*European Asylum Support Office* (EASO) a uno Stato-membro in difficoltà. L'Agenzia dovrebbe intervenire in base a una misura di esecuzione della Commissione, anche in assenza di una richiesta dello Stato-membro in difficoltà, ove una pressione migratoria sproporzionata renda inefficace il suo sistema nazionale, così da danneggiare il funzionamento complessivo del sistema europeo (considerando (21)). È facile prevedere il rigetto di tale proposta da parte del Consiglio come accaduto per l'analogo tentativo di verticalizzazione dei rapporti Commissione/Stati membri nel controllo delle frontiere esterne in sede di adozione del regolamento dell'Agenzia della Guardia di frontiera (attuale Frontex).

La proposta disciplina in modo sistematico le procedure speciali (Sez. IV): esame accelerato (art. 41), di frontiera (art. 42) e per domanda reiterata (art. 43). Il trattamento della domanda con procedura accelerata diventa obbligatorio, mentre è oggi facoltativo (art. 31(8) direttiva-procedure), al verificarsi delle medesime circostanze già previste per l'inammissibilità *prima facie* (con l'aggiunta delle domande ai sensi del regolamento Dublino). Nei casi previsti, la decisione sull'ammissibilità della domanda (art. 36) deve essere presa in breve tempo e nell'arco di dieci giorni quando dipende dall'applicazione dei concetti di Paesi di primo asilo o di Paese terzo sicuro, dietro verifica che i Paesi in parola siano disponibili a riprendere il richiedente (art.

34 (1) (2)).

I meccanismi del Paese di origine e del paese terzo sicuro si basano sulla presunzione *iuris tantum* che una protezione sufficiente sia già ottenibile dal richiedente (articoli 45 e 47) quando tali Paesi sono individuati nelle due liste comuni da allegare al regolamento-procedure e modificabili successivamente con specifiche procedure e garanzie (articoli 46 e 48). La lista comune dei Paesi di origine sicura ha assunto straordinaria priorità durante la crisi della rotta balcanica ed è pertanto già oggetto di una [precedente proposta di regolamento](#) che riguarda, per il momento, i cittadini di alcuni Paesi (Albania, Bosnia-Erzegovina, Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia, oltre alla Turchia). La Commissione LIBE del Parlamento europeo ha espresso, il 7 luglio u.s., [parere positivo](#) su tale disciplina ma ha rinviato la decisione sui singoli Paesi da includere nella lista comune ad un approfondimento dell'EASO. Occorre dire che solo dodici Stati-membri dispongono al momento di liste nazionali (diversi i Paesi ivi inclusi). L'Italia non ha adottato alcuna lista nazionale e, in base ai Paesi inclusi sinora nella lista comune in discussione, avrebbe scarsi vantaggi nell'onere delle procedure perché l'origine prevalente dei richiedenti-asilo riguarda Paesi africani "insicuri". In ogni caso, i due meccanismi in parola possono essere applicati solo a seguito di esame individuale comprendente un'intervista. Inoltre, il rigetto della domanda non genera un effetto sospensivo automatico del ricorso (art. 53 (2) (a)).

La *procedura di frontiera*, che può essere ugualmente applicata per esaminare la fondatezza della ricevibilità della domanda (nella maggior parte dei casi nello stato di detenzione del richiedente), continua invece ad avere carattere opzionale. Come previsto nella direttiva in vigore, se la decisione al riguardo non è adottata entro il termine di quattro settimane, il richiedente ha il diritto di entrare e rimanere sul territorio dello Stato-membro (art. 41).

Le procedure di esame accelerato e di frontiera non determinano un effetto sospensivo automatico della permanenza del richiedente sul territorio. Alle categorie vulnerabili di richiedenti (art. 19) e ai minori non-accompagnati (articoli 21 e 22), le due procedure in parola non dovrebbero in linea di principio essere applicabili, salvo che non sia possibile un supporto specifico adeguato (art. 19 (3)).

4. Nella proposta di rifusione di direttiva-accoglienza, un certo numero di disposizioni è stato modificato: la definizione di familiari, le esigenze particolari di accoglienza, l'accesso al mercato del lavoro, il diritto di informazione, di accoglienza e di garanzie in caso di detenzione. La proposta impone agli Stati membri di prendere in considerazione gli standard operativi e gli indicatori dell'EASO e prevede la possibilità di piani di emergenza. Essa introduce restrizioni alla libertà di movimento dei richiedenti.

La direttiva-accoglienza si applica al richiedente per il tempo in

cui sia autorizzato a restare sul territorio dello Stato-membro competente. Nel caso in cui sia presente irregolarmente in un altro Stato membro diverso, non ha diritto a condizioni di accoglienza materiale a livello scolastico e di educazione dei minori, nonché all'occupazione e alla formazione professionale. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero offrire ai minori l'accesso alle attività didattiche idonee, in attesa del trasferimento verso lo Stato-membro competente. I richiedenti avranno comunque sempre il diritto di assistenza sanitaria e il diritto ad un tenore di vita dignitoso per coprire i bisogni di sussistenza e di sicurezza fisica, dignità e relazioni interpersonali (art. 17 (a)).

I richiedenti possono muoversi liberamente nel territorio dello Stato membro o in una zona assegnata all'interno da parte dello Stato membro (art. 7 (1)). Tuttavia, per motivi di interesse pubblico o di ordine pubblico, per la procedura ai sensi del regolamento Dublino, la proposta impone agli Stati membri di assegnare ai richiedenti la residenza in un luogo specifico. Tale decisione può essere necessaria in particolare nei casi in cui il richiedente non abbia rispettato gli obblighi previsti: non ha fatto domanda di protezione internazionale nello Stato membro di primo ingresso irregolare o legale o è fuggito da tale Stato membro e, senza autorizzazione, si è trasferito in un altro Stato membro; è stato rinvio allo Stato membro in cui è tenuto ad essere presente, dopo essersi nascosto in un altro Stato membro.

È stato aggiunto un motivo di detenzione nel caso in cui il richiedente non abbia rispettato l'obbligo di risiedere in un posto specifico, ove ci sia il rischio che il richiedente possa tentare la fuga (art. 8 (3) (c)). È stato specificamente dichiarato che il diritto alla parità di trattamento non dà luogo ad un diritto di soggiorno nei casi in cui la domanda dei richiedenti protezione internazionale venga respinta (art. 15 (3)).

La definizione di condizioni di accoglienza materiale è estesa a prodotti non-alimentari, quali l'assistenza sanitaria come già previsto in molti Stati membri (art. 2 (7)). Alloggio, cibo, vestiti e beni di prima necessità non possono essere ridotti o revocati, a differenza dell'indennità giornaliera che può, invece, in alcune circostanze, essere ridotta, e, in casi eccezionali debitamente giustificati, anche ritirata. Quando i beni non-alimentari sono forniti in forma di sussidi economici, possono essere in alcune circostanze conferiti in natura (art. 19 (1)). Sono state aggiunte quattro nuove circostanze nelle quali è legittimo ridimensionare la forma materiale di accoglienza: se il richiedente ha gravemente violato le regole del centro di accoglienza o si è comportato in modo gravemente violento; non ha rispettato l'obbligo di richiedere protezione internazionale nello Stato membro di primo ingresso irregolare o di ingresso legale; è stato ripreso in carico dopo il trasferimento in un altro Stato membro; non ha partecipato alle misure di integrazione obbligatoria (art. 19 (1)).

La proposta rende possibile limitare la parità di trattamento con-

cernente la formazione e la formazione professionale all'istruzione e alla formazione direttamente collegate ad una specifica attività lavorativa. La proposta rende possibile limitare altresì la parità di trattamento in materia di prestazioni familiari e sussidi di disoccupazione.

5. Si collegano al [Piano di azione sul tema dell'integrazione](#), i diritti relativi all'integrazione inseriti nella proposta di regolamento-qualifiche (Cap VII, Sez. III)). Apprezzabili appaiono le disposizioni per la proto-integrazione dei richiedenti-asilo, v. [Caggiano](#), che da sola può ridurre il peso dell'assistenza sociale dello Stato-ospite, oltre che conferire dignità alle persone, soprattutto tramite l'accesso precoce al mercato del lavoro nella direttiva-accoglienza (modifiche agli articoli 15 (1) (2) e nuovo (3) che crea uno statuto del lavoro del richiedente-asilo).

La proposta riduce il termine per l'accesso al mercato del lavoro da nove a sei mesi dalla data in cui la domanda di protezione internazionale è stata presentata, se non è presa la decisione amministrativa secondo il regolamento-procedure. Un precoce accesso al mercato del lavoro contribuisce all'aumento delle prospettive d'integrazione per i richiedenti e riduce i costi di accoglienza, specie quando è probabile che la protezione internazionale venga concessa. La proposta consente agli Stati membri di concedere l'accesso al lavoro anche prima, quando la domanda è ben fondata ed ha priorità di esame.

Si prevede la sanzione del ritiro o riduzione delle condizioni materiali (art. 19 (2) (f) della direttiva-accoglienza) in caso di mancata partecipazione a misure d'integrazione che uno Stato-membro decida di rendere obbligatorie (art. 38 (2) del regolamento-qualifiche). L'obbligo di partecipazione a tali misure obbligatorie può essere imposto anche tramite la condizionalità all'accesso a talune prestazioni dell'assistenza sociale (art. 34 regolamento-qualifiche).

In conclusione si può dire che solo un sistema centralizzato o il mutuo riconoscimento delle decisioni delle Autorità nazionali avrebbe potuto agevolare veramente l'integrazione del richiedente nello Stato di preferenza o destino. Ma purtroppo gli sviluppi normativi vanno esattamente nella direzione opposta.

3 ottobre 2016

3

La vicenda del burkini

- BÉRÉNICE K. SCHRAMM De la crise française du burkini et du droit (international) : comment s'en sortir (vraiment)?
- ALICE OLLINO Some additional thoughts about the burkini: international human rights law and the struggle for gender equality

De la crise française du burkini et du droit (international) : comment s'en sortir (vraiment) ?

BÉRÉNICE K. SCHRAMM (*)

«Nous étions sur la plage en famille avec mes enfants, comme tout le monde. Trois policiers se sont avancés vers nous et m'ont stipulé qu'un arrêté avait été émis par le maire de Cannes qui exigeait d'avoir une tenue correcte. Je n'étais pourtant ni en burkini, ni nue, ni en burqa. J'avais simplement un foulard classique sur la tête (un hijab), une tunique et un legging. Comme j'ai refusé de quitter la plage, j'ai eu une amende de 11 €. Il y a eu un attroupement autour de nous. Certains nous ont soutenus et d'autres ont applaudi les policiers et nous ont injuriés. Ils disaient : "Rentrez chez vous, on ne veut pas de ça ici. La France est un pays catholique." J'ai été abasourdie. Je ne m'attendais pas à ça. Ma fille était en pleurs. On n'était absolument pas dans la provocation. On était venu passer un après-midi à la plage comme n'importe quel citoyen Français. On était choqué. Aujourd'hui, j'ai l'impression que je n'ai plus le droit d'aller à la plage. Ça me révolte.» [Siam X.](#)

Le 28 juillet 2016, le maire de Cannes prenait, en vertu de ses [pouvoirs de police de baignade](#), un arrêté interdisant jusqu'au 31 août suivant, c'est-à-dire la fin de la période estivale, « l'accès aux plages et à la baignade (...) à toute personne n'ayant pas une tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et de la laïcité, respectant les règles d'hygiène et de sécurité des baignades adaptées au domaine public maritime. » Si l'arrêté en question, [et ceux émis par près d'une tren-](#)

(*) Centre for Gender Studies, SOAS | CÉDIM, UQÀM.

[taine de communes françaises à sa suite](#), fait usage de termes se voulant généraux et se fondent, quoique à tort, on le verra dans un instant, sur le principe de la laïcité, [il ne fait aucun doute](#) qu'ils visent tous un certain type de tenue, le fameux « burkini ». Tenue de bain inventée en 2004 par une australienne, [Aheda Zanetta](#), afin que des femmes désirant pratiquer des activités nautiques puissent le faire sans que leur choix vestimentaire ne soit un handicap pour elles, le « burkini » est un maillot de baignade composé d'un pantalon et d'une tunique à manches longues avec capuche en polyester. Le « burkini » n'est pas un vêtement religieux ; il est en général porté par des femmes qui ne souhaitent pas exposer certaines parties de leurs corps pour des raisons religieuses. En France, omniprésent dans les discours, [le « burkini » est encore presque inexistant sur les plages](#), et voulait jusqu'à présent exister dans des espaces privatisés – [ici aussi sans succès au vu d'une autre interdiction](#). Tout comme Mme Siam X., les femmes verbalisées en vertu des arrêtés susmentionnés ne portaient pas de « burkini ». Le tristement célèbre [épisode de rixe à Sisco](#), commune corse, était en fin de compte lié à un problème local de caïdat et pas aux vêtements que portaient quelques baigneuses sur cette plage, bien que « l'origine maghrébine » des agresseurs, parents et/ou proches des baigneuses, soit relevée à l'envi et ait, en sus de l'édiction le lendemain par le maire de la commune d'un arrêté similaire à celui de Cannes, participé à alimenter les raccourcis et amalgames qui traversent le (non-)débat actuel portant sur la question de la légalité et de la légitimité d'une interdiction de certaines tenues de baignades sur les plages françaises, ou encore, tout récemment, [celle d'activités commerciales de finance islamique](#).

Outre rétablir les faits en leur donnant toute leur vérité et nuance, l'analyse juridique féministe repose sur la prise en compte du contexte structurel dans lequel les formes d'oppression ou de libération (des femmes et autres populations vulnérables) par le droit sont possibles. C'est ce que fait avec beaucoup de brio [Stéphanie Hennette-Vauchez dans sa tribune sans appel, publiée l'été dernier](#) : parlant avec justesse de « glissements répétés sur la laïcité », la juriste relève que le principe, ou certaines valeurs y afférentes, sont invoquées afin de justifier des interdictions. Mais parce que répétition n'emporte pas toujours conviction, elle rappelle utilement que « classiquement, le principe de laïcité ne saurait être lu [en droit français] comme générant une obligation de neutralité religieuse pesant sur les personnes privées dans l'espace public ; c'est donc ici une transformation du principe qu'opèrent les arrêtés, entérinée par le juge [administratif de première instance ayant validé les arrêtés avant le recours devant le Conseil d'Etat] qui abonde en leur sens. » Par ailleurs, et c'est là que le bât blesse véritablement, la période dans laquelle ces décisions s'inscrivent est loin d'être anodine : il s'agit en effet de l'état d'urgence et des « effets de l'état d'urgence, en particulier, les effets

de diffusion par capillarité, dans l'ensemble de l'ordre juridique, de la logique d'exception que charrie avec lui ce régime en vigueur depuis plus de neuf mois [à l'époque]. » La crise du *burkini* fait ainsi écho à la crise de l'état d'urgence qui répond elle-même à une autre crise, celle de la guerre contre le terrorisme. De sorte que la boucle est bouclée et serait celle d'un *bikini*, porté comme étendard d'une France toujours libre, résistant aux assauts d'un ennemi (in)visible, protéiforme et parfois même interne.

Ce que nous dit le droit sur lui-même et sur nous-même à travers le burkini est tout à la fois percutant et nébuleux. Avant tout, c'est bien de la force du symbolique dont il s'agit (NOREAU, P., « De la force symbolique du droit », dans C. Thibierge et alii (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, L.G.D.J., 2009, p. 137-150), plus que de la force tout court – cependant manifeste dans [le déploiement des policiers sur les plages](#). Cette force du droit qui, par le biais des représentations qu'il produit, « sanctionne et sanctifie la vision doxique des divisions en l[es] manifestant dans l'objectivité d'une orthodoxie par un véritable acte de création qui, en la proclamant à la face de tous et au nom de tous, lui confère l'universalité pratique de l'officiel » (BOURDIEU, Pierre. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64 (1986), p. 13). N'est-ce pas que ce que souhaitent faire les maires des communes [lorsqu'ils refusent de retirer leurs arrêtés après la décision du Conseil d'Etat du 26 août 2016 invalidant celui de Villeneuve-Loubet ?](#) Quoiqu'il en soit, au-delà de ces caprices politico-patriarcaux, les phénomènes juridiques récents mettent en lumière comme jamais l'existence d'une véritable concurrence pour le monopole de dire le droit (des autres, pour les autres) (BOURDIEU, *op cit.*, p. 4) entre les élus locaux, les juges et les représentants du gouvernement. Comme d'habitude, le combat mené en grande partie par des hommes prend pour objet et pour lieu [le corps des femmes](#), et celui de certaines en particulier, quoiqu'aucune n'est au fond vraiment épargnée. Malheureuse « [loterie de l'indécence](#) » et énième épisode de la [centenaire saga des apparences](#) (GRANGER C., *La saison des apparences. Naissance des corps d'été*, 2ème éd., Paris, Anamosa, 2017), il ne s'agit ni plus ni moins que de [la continuation, sous d'autres jours et par le biais d'une dérive raciste et islamophobe](#) des crispations que les revendications féministes des années 60 et 70 provoquaient chez les tenants d'une société conservatrice et pudibonde. La liberté féminine, et féministe, serait celle du (dé-)vêtement ; c'est le droit, et [certain-e-s féministes impérialistes](#), qui le di(sen)t et qui l'impose(nt). Le libre arbitre et l'autonomie du sujet, et du sujet de droit en particulier, détenteur de droits ne sont des notions qui font sens aujourd'hui que pour celles qui ont toutes leurs têtes (pas voilées donc). Certaines françaises seraient ainsi plus égales et fraternelles que d'autres. Car c'est bien du rapport entre les valeurs cardinales qui

fondent la République et ses sujets dont il s'agit. La pédagogie républicaine de l'intégration-imitation n'est pas inclusive, bien au contraire (BOURCIER, Marie-Hélène, *Sexpolitiques : Queer Zones*, La Fabrique, Paris, 2005, p. 40-41) ; elle intègre par invisibilisation forcée. Ancien droit colonial, le droit français est replet de manières d'exclure ou de diminuer (in-)directement certain-e-s de ses sujets et/ou anciens objets, la loi sur le voile de 2010 ou encore celle de 2005 reconnaissant, avant amendement, le « rôle positif » de la colonisation en sont d'excellentes illustrations.

Mais ce que nous dit surtout le droit mobilisé autour du burkini, c'est toute son obsession des crises. Poursuivant sur la lancée coloniale de la législation d'urgence à tout-va, nous vivons une époque où faire du droit, c'est participer à la gestion (et soi-disant à la résolution) des crises « inter-nationales » qui nous enserrant, nous déterminent et nous obligent à agir dans l'instant, car c'est toujours maintenant ou jamais. Avec les mots saisissants de Dianne Otto, « the fiction of emergency has a long history of creating new spaces for law's production and reproduction, enabling law to extend its empire, reconfiguring the relationship between the state and its subjects and further colonizing "life itself" by taking possession of the human sphere of activity that we know as "politics". » (OTTO, Diane. « Decoding Crisis in International: A Queer Feminist Perspective ». STARK, Barbara, éd. *Confronting Crises*, p. 115-117.) En édictant les arrêtés que l'on connaît, les maires des communes concernées ont imposé, dans l'urgence, au nom de l'urgence de la crise que vit actuellement la France, leur vision de la République, faisant de la chose publique, une chose privée, réservée à certain-e-s et pas à d'autres, ceux-là n'ayant jamais, et encore moins maintenant, voix au chapitre. Si la crise est par nature un phénomène de la dislocation où le soi est en refonte, elle exige alors souvent un repli identitaire. De sorte que si le droit est par essence un instrument de domination, le droit de la crise, le droit en crise validera d'autant plus une vision étroite et aliénante du soi sociétal. Le légal devient le légitime et vice versa. De sorte qu'au lieu d'émanciper, si sa version occidentale moderne et bourgeoise n'est en fin de compte pas juste une aporie à cet égard, le droit enferme et nie celles-là même qu'il est censé servir. Surtout, dans le même temps, le droit, et sa matrice institutionnelle, la République, s'auto-absolvent de leur crimes et responsabilités passées et présentes au regard des crises actuelles : « short-term, quick-fix responses (...) ignore the larger historical context of causation and individualize responsibility, dismissing analytical and critical perspectives, shutting out democratic participation and deliberation in the name of urgency, and depicting everyday structural inequalities and injustices as given. » (OTTO, *op cit.*, p. 116.) La bien-pensance et la bienveillance entourant les interventions ponctuelles et dites nécessaires du droit de la crise sont d'efficaces

cache-misère de l'irrémissible disjonction entre droit et justice. C'est comme si, dans l'urgence, le droit se (re-)faisait une légitimité.

Cela s'est d'ailleurs vu dans la manière dont l'urgence a également été mobilisée afin de contrecarrer le projet patriarcal, raciste, islamophobe et sexiste originel. À l'urgence des arrêtés municipaux a répondu l'inévitable urgence des recours déposés devant les tribunaux administratifs puis devant le Conseil d'Etat par des associations de défense des droits humains et de lutte contre l'islamophobie, au nom des personnes verbalisées. Bien leur en a pris effectivement puisque, c'est à présent chose connue, [le Conseil d'Etat a statué en leur faveur](#), invalidant le 26 août 2016 un premier arrêté (celui pris par le maire de Villeneuve-Loubet) dans une ordonnance remarquable à deux égards notamment. D'abord, et cela a été noté par plusieurs commentateurs, la notion d'ordre public qui y est déployée est, de manière très surprenante, [étroite](#). Limitée à sa seule [dimension matérielle](#), l'ordre public y est défini comme découlant « des circonstances de temps et de lieu, et compte tenu des exigences qu'impliquent le bon accès au rivage, la sécurité de la baignade ainsi que l'hygiène et la décence sur la plage. » De sorte que sa dimension immatérielle, c'est-à-dire « l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet [2016] », ne saurait, selon le Conseil d'Etat, justifier une « atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. » Et pourtant, sa jurisprudence antérieure, notamment [celle relative au « lancer de nain » et aux spectacles de Dieudonné](#) avait à l'époque fait la part belle à cette deuxième dimension, permettant d'entériner les arrêtés alors contestés. Tout aussi inattendu que bienvenu, ce revirement illustre le fait que, pour le Conseil d'Etat, la plage est tout sauf une scène de spectacle dont certaines usagères seraient les vedettes bien malgré elles. Autre point remarquable et tout aussi bienvenu, le silence sur la notion de décence, composant pourtant la définition (matérielle) de l'ordre public. Alors que le (non-)débat mené de front par les maires frondeurs reposait, le texte des arrêtés le prouvent, sur « les bonnes mœurs et la laïcité », évoquant une certaine idée (plutôt dévêtue) de la décence de plage, le Conseil d'Etat a utilement, par son silence sur la question, contribué à déstigmatiser – et par là-même renormaliser – les tenues visées originellement par les arrêtés. De l'(in-)décence à l'(in-)décence républicaine, il n'y a en effet qu'un pas, on l'a vu. [D'aucuns](#), peu neutres eux-mêmes, y ont même vu un écart avec la neutralité attendue d'un tel organe, lequel s'est comporté plus comme juge du fait que du droit. Faisant référence aux positions tenues antérieurement par M. Thierry Tuot, un des membres du Conseil siégeant en l'instance, lequel s'est prononcé dans le cadre d'un [rapport sur la refonte des politiques d'intégration en 2013](#) en faveur d'une « société inclusive », l'auteur en question déplore, avec force effet tragique, que

la laïcité ou la Constitution de 1946 aient été, le 26 août 2016, remises au passé et ce, au détriment de la protection de la dignité des femmes. Et c'est bien là-dessus que nous tomberons paradoxalement d'accord. Involontairement féministe, le Conseil d'Etat a en effet fait fi ou a préféré ne pas faire référence aux notions problématiques susmentionnées, laissant les femmes se protéger – se dé/couvrir – elles-mêmes. C'est bien le moins que l'on pouvait attendre d'un droit au service de tou-te-s.

De sorte que la crise du droit et le droit en crise n'est pas seulement un phénomène déplorable, c'est aussi une potentialité pour de meilleurs lendemains, pour aller jusqu'au bout de la critique convaincante et optimiste de Dianne Otto (OTTO, *op cit.*, p. 117). La réponse du Conseil d'Etat en est une première illustration. Le droit international nous en donne une seconde avec la vigoureuse réaction du [Haut Commissariat des Nations Unies pour les droits de l'homme](#) début septembre 2016: « Atteindre l'égalité de genres nécessite de comprendre les obstacles empêchant les femmes de prendre librement des décisions et de créer un environnement favorable à une prise de décision indépendante, y compris dans la manière de se vêtir. L'égalité de genres ne peut être obtenue en limitant les libertés individuelles ou en réglementant les vêtements que les femmes décident de porter. » Bien sûr, le droit international n'est pas exempt de problèmes : la dernière résolution du Conseil de sécurité portant sur les femmes, la paix et la sécurité ([S/RES/2242 \(2015\)](#)) fait référence aux femmes dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, notant le risque d'embrigadement et de participation au commerce d'armes légères. Les représentations véhiculées par cette résolution nourrissent les chimères islamophobes, lesquelles trouvent encore une fois refuge dans le corps des femmes dites « musulmanes » : outre le passé colonial, c'est bien le contexte international contemporain qui génère les paniques sexuelles, de genre et racistes, lesquelles façonnent à leur tour la gestion (inter-)gouvernementale des crises actuelles. De sorte que « [the] anxiety about veiled women [là-bas et donc ici], whose performances of gender do not conform to western models of "enlightened" gender expression » (OTTO, *op cit.*, pp. 117ss et 125) n'est pas seulement un problème franco-français. (La façon d'y réagir l'est par contre, c'est indéniable ; quoique la posture de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires sur le voile laisse à penser que ce sont même des mœurs européennes (LAGERWALL, Anne, « La prostitution, le port du voile et l'avortement devant la Cour européenne des droits de l'homme : une affaire de femmes ? » TOURME JOUANNET Emmanuelle et al., éd., *Féminisme(s) et droit international. Études du réseau OLYMPE*. Paris : Société de législation comparée, 2016, p. 361ss)). Comment alors dépasser, par le droit, au travers du droit, cette représentation unidimensionnelle de la femme musulmane racisée, victime d'elle-même, des hommes musulmans racisés et

surtout de leur religion érigée comme monolithe culturel ? (KAPUR, Ratna. « The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the Native Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics ». CONAGHAN, Joanne, éd. *Feminist legal studies: critical concepts in law*. London ; New York, Routledge, 2009, p. 6.)

Ratna Kapur nous donne un début de réponse inspirant : « If a more progressive movement for women's rights is to develop within the arena of human rights, it is necessary to renegotiate and refashion new ways of legally and politically intervening and articulating women's concerns. This requires at least three major theoretical and practical shifts. First, it is important to recognize and center the peripheral subject and her multiple historically, culturally, and socially determined subjectivities instead of falling back on universalized assumptions about women's realities and their subject position. Feminist legal politics needs to foreground the peripheral subject if any significant normative shifts or disruptions are to be brought about. Second, in recognizing and working with the peripheral subject, there is a need to focus on moments of resistance to ensure against simply producing a narrative that describes the multiple ways in which even women on the periphery are subjugated. A final and related shift is to examine the implications of non-state actors emerging as significant contenders to state power. » (KAPUR, *op. cit.*, p. 29.) Les juristes ou penseur-e-s du droit (international) féministes sont les premier-e-s visé-e-s par cet appel. Maîtrisant un des savoirs sociaux les plus performatifs, il nous appartient de l'utiliser avec sagesse et modestie : nos stylos ou nos claviers ne doivent pas reproduire les représentations limitées que les règles juridiques essaient depuis longtemps de nous faire avaler. Il est de notre responsabilité de raconter l'histoire, les histoires des sujets subalternes du droit et, notamment, celles brossées par les [féministes islamiques](#), et donc de les écouter et d'essayer au mieux de nos capacités et de nos privilèges de traduire, lorsque cela s'avère nécessaire et légitime, leurs combats et leurs désirs. Il est temps d'arrêter de parler du droit seulement par et pour l'Etat et/ou les organisations internationales. Sortir du cadre rigide et tautologique du droit qui ne parle que de lui-même, il nous faut le faire parler malgré lui, par ses silences, ses refus, son quotidien, son « au lieu de soi » de crise (LEGRAND, Pierre. « Au lieu de soi ». LEGRAND, Pierre, éd. *Comparer les droits, résolument*. Paris, P.U.F., 2009, p. 13-14). C'est ce que Diane Otto appelle le « un-crisis thinking » : « This necessitates devoting at least as much energy to supporting un-crisis activism "outside" the mainstream institutions of law and politics as to carving out spaces on the "inside". » (OTTO, *op. cit.*, p. 136) Si le militantisme politique et surtout, le militantisme juridique et judiciaire sont des activités épuisantes et coûteuses générant un fardeau additionnel pour les sujets victimes des injustices du droit, justifiant d'autant plus l'implication de sujets privilégié-e-s, on l'a vu avec les procédures ju-

diciaires introduites contre les arrêtés et les jugements, ils demeurent des promesses de lendemains plus justes, plus féministes, par-delà le droit (international).

9 settembre 2016

Some additional thoughts about the burkini: international human rights law and the struggle for gender equality

ALICE OLLINO (*)

In her [post](#) on the burkini and the crisis of (international) law, Bérénice Schramm warned us against the limits of mainstream legal narratives that accommodate discrimination against women, and suggested revisiting the foundations of international law in order to attain full equality. The strain of dismantling a system based on hierarchies while at the same time trying «to carve out spaces on the inside» ([Diane Otto](#), 2015, p. 136) is particularly tangible within the human rights framework. On the one hand, in their struggle for universality, human rights have reproduced dominant discourses on gender and power relations; on the other, the system is also equipped with instruments that aim at tackling these flaws and pursuing more inclusiveness.

In this post I draw on the events surrounding the burkini to offer some thoughts on the conceptual tension that underlies the international human rights discourse on gender equality. The human rights subject has been engaged as a liberating powerful instrument to advocate for justice for women and there have been increasing calls for women's rights to be understood as human rights. However, by deriving legitimacy from hegemonic western liberal sources and doctrines, the human rights discourse has also reproduced a normative order that echoes civilising missions by excluding targeted groups and recreating gender and racial divides in the guise of universality.

The political discourse behind the burkini has been build around the matter of security and defence from terrorist attacks but also around the rhetoric of subjugation of women and denial of their human rights. When last summer a number of French cities' mayors chose to ban the burkini from some French beaches, the decision di-

(*) Università di Milano Bicocca.

vided the public opinion on whether this measure was to be regarded as the ultimate islamophobic stance by French authorities or as a necessary, albeit drastic, step toward the protection of secular values and the defence of equality between the two sexes. It was [said](#) that, by covering head-to-toe a woman's body, the burkini inevitably reflects the archaic (Islamic) religious code that sees women as inferior to men and tries to efface them from the public sphere. As a result, wearing the burkini would appear at least hard to reconcile with a woman's free choice and fight for equality.

The narrative that links the wearing of women's garments that entrench cultural or religious values with gender oppression has found sustainment also at the international level. For example, in more than one instance the European Court of Human Rights (ECtHR) has suggested that limitations on wearing the Muslim headscarf might be crucial to the promotion of gender equality. When questioned on the prohibition of wearing the Islamic scarf in schools and the full-face veil in public places, the ECtHR argued that it is within the margin of appreciation of each State party the power to regulate the dressing of clothes with religious connotations. Accordingly, the ECtHR asserted that imposing limitations on certain symbols does not constitute a violation of the freedom of religion or the right to privacy.

In 2001 in *Dahlab v. Switzerland* the ECtHR held that the State measures prohibiting the applicant from wearing a headscarf while teaching were «necessary in a democratic society», and declared the question regarding the violation of Article 9 of the Convention (freedom of thought, conscience and religion) manifestly ill-founded and therefore inadmissible ([Dahlab v. Switzerland](#), p. 13). In warning against the impact that the wearing of this symbol might have on the freedom of religion of young children, the ECtHR asserted that «it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselyting effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which [...] is hard to square with the principle of gender equality» ([Dahlab v. Switzerland](#), p. 13). The ECtHR went on to stress that «it therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils» (*ibid.*). Similarly, in 2004 in the case of *Leyla Sahin v. Turkey*, the applicant, a student enrolled at the Istanbul University, was denied access to a written examination because she was wearing the Islamic scarf. After praising the Turkish constitutional system for its commitment toward gender equality, the Chamber in its judgment contended that «in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith [...] imposing limitations on freedom in this sphere may [...] be regarded as meeting

a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims» (*Leyla Sahin v. Turkey*, paras. 107-109). The case was referred to the Grand Chamber, which shared these conclusions and found neither a violation of Article 9 nor a violation of the applicant's right to education (*Leyla Sahin v. Turkey*, Grand Chamber judgement).

What strikes in these two cases is the fact that the ECtHR was quick to suggest that wearing the Islamic headscarf is incompatible with gender equality. In particular, while in the *Dahlab* decision the Court adhered to a rather essentialist notion of Islam and failed to flesh out why the veil is an ambiguous symbol of gender equality, in the case of *Leyla Sahin* the ECtHR drew distinctly on the dichotomy between secularism and women's rights as opposed to the Islamic faith.

From a feminist legal perspective, invoking bans on full-face veil or the prohibition of headscarves or clothing that manifest adherence to a particular moral as a ground for the elimination of sex-based discrimination builds on a simplistic notion of gender equality and on the assumption that women – and in particular targeted groups of women – need saving from their men. First of all, these positions fail to take into account intersecting discrimination, which is the form of discrimination that women can experience due to the intersection of sex with other factors, such as race, ethnicity, religion, status or class. As stressed by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, discrimination on the base of sex or gender «may affect women belonging to such groups to a different degree or in a different ways than men» and therefore State parties should «legally recognise and prohibit such intersecting forms of discrimination and their compounded negative impact on the women concerned» (CEDAW Committee, [General Comment no. 28](#), para. 18). Recognising intersectionality is crucial to avoid gender essentialism and the generalisation of women's experiences that usually privilege white Western women and efface other forms of oppression. When in 2014 the ECtHR was asked to take a position for the first time on blanket bans on full-face veils in public in *S.A.S v. France*, some third party interveners warned against the effect that a ban on full-face veil could have had on intersectional discrimination and the impairment of fundamental rights of women such as freedom of movement, the right to education and the right to equal protection of the law. The same argument easily applies to the burkini ban: rather than fostering liberation of women, the rhetoric around its adoption fuels stereotyping and stigmatization of minorities, leading to further discrimination.

Secondly, the idea that the wearing of a particular garment is inextricably linked to oppression and subjugation means to uphold and perpetrate the gendered subjectivities of hierarchies and structures of power that are rooted in the human rights framework and that have been fostering gender violations. In elaborating on the genealogy of

the female subject, Dianne Otto contends that international human rights law captures three main recurring female subjects: the mother or wife that needs protection in war and peace and operates as an object of international law, the woman that acts on an equal footing with men in the public realm, and finally the victim subject «that is reproduced by colonial narratives of gender, as well as notions of women sexual vulnerability» ([Diane Otto](#), 2002, p. 106). It is this last figure of woman that «affirms the need for the masculine bearer of civilization and saviour from bad, often native men» ([Diane Otto](#), 2002, p. 106). The human rights agenda has nourished the depiction of the third-world colonised woman as the victim of the backwardness of her own society, in opposition to the image of civilized western liberal values that shall promote women's equality. For example, when looking at the human rights critique of cultural practices that are harmful to women, great emphasis has been placed on female genital circumcision or mutilation as a form of violence against women that affects African women who are powerless, brutalised, constrained by their own traditions defined by men, unable to think clearly, with no choices (for a thorough critique of the human rights policy on FGM see [Hernlund and Shell-Duncan](#)). On the contrary, there has been little exploration of the impact of cultural practices in the West that might also affect a woman's body and well-being, such as cultural norms that prompt women to undergo cosmetic surgery to meet dominant beauty standards or that lead them to develop eating disorders (these issues have been in fact rarely addressed by human rights bodies; references to these practices are discussed by ECOSOC, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Radhika Coomaraswamy, [Cultural Practices in the Family that are Violent Toward Women](#), para. 96; ICERSC Committee, [Concluding Observations: Norway](#), 23 June 2005, UN Doc. E/C.12/1/A.109, paras. 21 and 41). As the Special Rapporteur on Violence Against Women has stressed, this double standard occurs because in Western countries, «distinct cultural norms that define gender relations are not questioned or even perceived as culture [...] but are regarded as questions of market dynamics and free choice» (ECOSOC, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakin Erturk, [Intersection Between Culture and Violence Against Women](#), 2007, UN Doc. A/HRC/4/34, paras. 47-48). In the end, the narrative of the victim subject «reinforces the depiction of women in the Third World as perpetually marginalized and underprivileged [...] (and) encourages some feminist in the international arena to propose strategies which are reminiscent of imperial intervention in the lives of the native subject» ([Kapur](#), p. 6).

There are, of course, within the international human rights framework, instances that object to this rhetoric and legal instruments

that aim at disrupting and challenging power relations and hierarchies. In the context of the *querelle* of the burkini, Schramm notes in her post that the UN High Commissioner for Human Rights made a statement quickly after the August events clarifying that «achieving gender equality requires understanding the barriers that prevent women and girls from making free choices, and creating an environment that supports their own-decision making, including but not limited to the choice of dress» (UNOHCR, [Press briefing notes on France and Bolivia](#)). The Special Rapporteur on Violence Against Women has pointed that «cultural essentialism, in its orientalist as well as occidental variations, are based on several myths that need to be challenged if we are to move forward in the international human rights agenda in general and the elimination of violence against women in particular» (ECOSOC, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakin Erturk, [Intersection Between Culture and Violence Against Women](#), 2007, UN Doc. A/HRC/4/34, para. 70). This process requires both developing strategies to resist oppressive practices in the name of culture, but also promoting human rights while rejecting encroachments grounded in ethnocentric thinking ([Intersection Between Culture and Violence Against Women](#), para. 71). In this regard, the very same ECtHR in 2014 seems to have at least partially grasped at these concepts and revisited its previous gender essentialist notions on the wearing of clothes that covers Muslim women's bodies. In *S.A.S v. France*, the ECtHR rejected the French government's argument that the ban was necessary to protect gender equality, and qualified the veil as «an expression of cultural identity which contributes to the pluralism that is inherent in democracy» (*S.A.S v. France*, p. 49). However, the ECtHR eventually accepted that limitations on wearing the full-face veils could be justified for the aim of "living together" and found that under certain conditions «the respect for the minimum requirements of life in society [...] can be linked to the legitimate aim of the 'protection of the rights and freedoms of others» (p. 49), dismissing somehow the very notion of cultural diversity and pluralism that should inform society.

If we are to resist essentialist notions of gender equality, we should look at those strands of post-colonial feminists that often critique the oversights of their liberal counterpart. The risk of relying on conceptions of sex, equality and rights grounded in liberalist doctrines is to universalise a particular subset of women's and gender claims without taking into account how culturally, economically and ethnically determined they are. In extrapolating liberalism to the international human rights field, post-colonial feminism seeks to unveil not just the concept of patriarchy embedded in these structures but also institutionalised forms of cultural domination and racial oppression that are inextricably attached to this model. That does not mean however

that notions of individual freedom that lay their foundations in liberal conceptions shall always work against post-colonial feminist legal goals. Moving from a material concept of *ordre public*, the [Conseil d'État](#) in France overturned the burkini ban on August 20 ruling that neither public order nor emotions linked to terrorist acts can be invoked to legitimise the ban. The French judges struck down the ban noting that «l'arrêté contesté a porté une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle». The reasoning of the *Conseil d'Etat* was highly informed by the classical “negative rights” liberal viewpoint that emphasises the role of human rights as political commitment to individual liberty. In doing so, its ruling turned to be feminist as it refused to link the wearing of the burkini with problems of decency and prioritised the concept of women’s agency.

Finally, we might also look at the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) as a positive legal tool to fight dominant representations of culture that disproportionately affect women. CEDAW is in fact one of the very few legal instruments that specifically require States to address gender stereotyping and to set standards against which to measure acts and omissions of States in upholding stereotypes. Article 5(a) of CEDAW requires States parties to take appropriate measures to «modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women». If read in conjunction with Article 2(f), that requires States parties to «take all appropriate measures including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women», the prohibition of gender stereotyping covers prejudices, customs and practices that are based on the inferiority of women, but also legislation and regulations that are based on stereotyped roles of men and women. In this regard, gender stereotyping refers not only to the creation of assumptions about the characteristics of certain groups of individuals, but also to the role that these individuals (ought to) perform based on their membership of a particular group. States have therefore the obligation to eliminate practice of wrongful gender stereotyping and to refrain from implementing legal policies and measures that stigmatise non-conforming individuals and perpetuate women’s oppression (CEDAW Committee, [R.K.B v. Turkey](#), 2012, para. 8.8; CEDAW Committee, [General Comment no. 28](#), para. 16). The CEDAW Committee has also expressly recognised that a State is internationally responsible for wrongful gender stereotyping, holding that accountability stems even in cases where stereotypical gender notions are the product of legal

procedures and judicial reasoning (CEDAW Committee, [Karen Tayag Vertido v. The Philippines](#), 2008, paras. 8.2-8.8).

Of course enforcing the obligations to eliminate and refrain from gender stereotyping is not an easy task, and this is probably why the CEDAW Committee has yet to spell out States' obligations to address systemic stereotyping. While significant obstacles still remain, the holistic approach taken by the CEDAW Committee is certainly a crucial step to integrate the human rights framework and avoid reproducing gender hierarchies. This applies also in the context of France and the burkini, where the adoption of a general ban that relies on essentialist notions of Islam and neglects any form of Muslim women's agency could in fact amount to a form of gender stereotyping contrary to Article 5 of the CEDAW Convention (of which France is a State party).

18 ottobre 2016

4

Tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo

- | | |
|---------------------|--|
| ANDREA SPAGNOLO | Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici |
| BENEDETTA CAPPIELLO | La tutela della salute e la protezione dell'investimento: la possibile composizione di interessi antagonisti |
| MARCO INGLESE | La dimensione esterna delle politiche sanitarie dell'Unione europea e la cooperazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità |
| GIUSEPPE PALMISANO | Il diritto alla protezione della salute nella Carta sociale europea |
| JULIA RICHTER | Soft Law and the Inclusion of Non-State Actors to International Health Law: The Example of the WHO/UNICEF Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes |
| SIMONE VEZZANI | Emergenze sanitarie globali e diritto internazionale: l'accesso agli agenti patogeni e alle relative sequenze genetiche |

Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici

ANDREA SPAGNOLO (*)

L'adozione di contromisure da parte delle organizzazioni internazionali «is not categorically ruled out» ([Gaja](#), p. 109, par. 22). Non può, dunque, essere esclusa *a priori* la possibilità che l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) adotti contromisure per porre fine a violazioni del diritto internazionale, laddove queste riducano l'efficacia della propria azione nel campo della tutela internazionale della salute. Sebbene non in questi precisi termini, il tema è stato posto dall'*Ebola Interim Assessment Panel* nel [rapporto](#) definitivo sulla risposta della Comunità internazionale alla diffusione del virus *Ebola* in Africa, pubblicato nel luglio 2015. Nel documento il *Panel* raccomanda all'OMS di istituire un meccanismo che permetta di sanzionare i comportamenti degli Stati membri che violino direttamente o indirettamente i [Regolamenti sanitari internazionali](#) (RSI) e/o le raccomandazioni dell'organizzazione. Un invito che, com'è ovvio, è giustificato dalla perdurante assenza di un sistema sanzionatorio, storicamente considerata vero punto debole dell'attività dell'OMS (v. il [rapporto](#) del 2011 del *Review Committee* dell'OMS sul funzionamento dei RSI, p. 13, par. 24; [Leive](#), p. 46) e di recente [confermata](#) dallo stesso Direttore generale dell'organizzazione. In ragione di ciò, viene da chiedersi se, ai sensi del diritto internazionale generale, l'OMS possa adottare contromisure per indurre gli Stati ad aderire ai propri obblighi internazionali in relazione alla tutela della salute. Scopo di

(*) Università di Torino.

questo breve scritto è provare a rispondere a questa domanda, guardando alle soluzioni offerte dal [Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali](#) (Progetto) e identificando i problemi ancora aperti.

In questa prospettiva, l'analisi non può che partire dall'art. 22 del Progetto, che detta le condizioni affinché un'organizzazione internazionale possa agire in contromisura nei confronti di Stati e altre organizzazioni internazionali che siano propri membri o terzi rispetto ad essa. La redazione di questa norma – ma, in generale, di tutti gli articoli sulle contromisure – è stata travagliata, al punto da far [dichiarare](#) al Relatore speciale che «[t]he question of countermeasures was the most difficult for the Commission». Soprattutto, è stata a lungo discussa la possibilità che le organizzazioni internazionali possano adottare contromisure nei confronti dei propri membri (siano essi Stati o altre organizzazioni) e viceversa. Il lavoro della Commissione del diritto internazionale (CDI) è confluito nella redazione di due norme speculari: l'art. 22 e l'art. 52, che disciplinano, rispettivamente, il caso in cui un'organizzazione internazionale agisca in contromisura, anche nei confronti dei propri membri, e il caso in cui l'organizzazione internazionale sia destinataria di contromisure.

L'art. 22, che qui interessa, è una norma complessa e disciplina tre situazioni: l'adozione, da parte di un'organizzazione internazionale, di contromisure nei confronti 1) di soggetti terzi; 2) di propri membri per violazioni generali del diritto internazionale; 3) di propri membri per violazioni delle “regole dell'organizzazione”. Nel caso *sub* 1) l'art. 22 subordina la legalità delle contromisure alle condizioni, procedurali e sostanziali, poste nella parte del Progetto a ciò dedicata (Parte quarta, Cap. II) e che sostanzialmente ricalcano quelle previste nel [Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati](#). Nel caso *sub* 2) l'adozione di contromisure è subordinata non solo alle condizioni di cui sopra, ma anche alla circostanza che esse siano «not inconsistent with the rules of the organization» e che non vi siano rimedi interni atti a far cessare diversamente il comportamento illecito. Nel caso *sub* 3) è previsto che l'organizzazione internazionale non possa agire in contromisura a meno che ciò non sia previsto dalle stesse “regole dell'organizzazione”.

In pratica, la severità delle condizioni al verificarsi delle quali la contromisura è lecita è direttamente proporzionale al legame che intercorre tra l'organizzazione e il soggetto nei confronti dei quali la contromisura dovrebbe dispiegare i suoi effetti. Questo è dimostrato dal ruolo decisivo attribuito alle “regole dell'organizzazione”. Com'è stato sostenuto (Vezzani, “Countermeasures by Member States against International Organizations”, in [Ragazzi](#), p. 373 ss.) gli articoli del Progetto sulle contromisure sembrano aprire a una regolazione delle contromisure fondata esclusivamente su *leges speciales* (più in generale sul punto v. [Gradoni](#)). Se da un lato la costruzione della CDI

sembra rispondere alle critiche fondate sull'inaccettabilità dell'idea stessa che uno Stato possa adottare contromisure nei confronti dell'organizzazione internazionale di cui è membro e viceversa ([Ahlborn 2011a](#)), d'altro canto è vero che essa rende, nei fatti, molto difficile il ricorso a contromisure (ancora Vezzani, *op. cit.*, p. 382-384). Le "regole dell'organizzazione", infatti, comprendono «the constituent instruments, relevant decisions and resolutions, and established practice of the Organization» ([Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations](#), art. 2, j)): una categoria ampia, all'interno della quale, come vedremo, possono ricadere diversi atti d'importanza strategica proprio per l'OMS.

Andando con ordine, e calando nella realtà dell'OMS le considerazioni fin qui svolte, si rende immediatamente necessario notare che la sua [membership](#), quasi universale, rende di scarsa utilità pratica ragionare della possibilità di adottare contromisure nei confronti di Stati non membri. Certo è, però, che l'OMS possa adottare misure atte a far cessare illeciti commessi da altre organizzazioni internazionali. Non è possibile, in questo breve spazio, dar conto di tutte le condizioni cui verrebbero subordinate tali misure. Desto però interesse ragionare brevemente sulla qualifica di soggetto leso che l'OMS deve dimostrare per poter ricorrere alle contromisure. Tale qualifica potrebbe derivare dalla violazione di una qualsiasi delle norme contenute nei vari [accordi](#) di collaborazione che l'OMS ha stipulato con altre organizzazioni internazionali. L'OMS, però, potrebbe anche considerarsi lesa nel momento in cui fossero violati *obblighi erga omnes*, tra i quali potremmo anche considerare la tutela della salute ([Acconci](#)). In questo caso, nulla parrebbe impedire all'OMS di agire nei riguardi di uno Stato o di un'organizzazione internazionale per indurli a rispettare i propri obblighi in questa materia (così la [risoluzione](#) di Cracovia, del 2005, dell'*Institut de droit international*, art. 5), ciò che invero si è già verificato nella prassi di altre organizzazioni internazionali ([Klein](#), p. 401-402).

Le considerazioni appena svolte possono legittimamente applicarsi anche al caso in cui l'OMS intenda adottare misure contro gli Stati membri al fine di indurre questi ultimi al rispetto di obblighi derivanti dal diritto internazionale. Ad esempio, è capitato, proprio durante la diffusione del virus *Ebola*, che alcuni Stati, tra cui il [Canada](#), abbiano adottato eccessive e probabilmente ingiustificate misure restrittive della libertà di viaggiare e commerciare da e con gli Stati colpiti dall'epidemia, potenzialmente idonee a incidere negativamente sul coordinamento della risposta internazionale all'emergenza sanitaria ([Fidler 2015](#)).

Vero è, però, che tali misure, oltre a rappresentare potenziali violazioni di varie norme di diritto internazionale, sono state adottate contravvenendo a una precisa [raccomandazione](#) dell'OMS e, in ultima

istanza, all'art. 2 dei RSI che vieta «unnecessary interference with international traffic and trade». Simili condotte degli Stati membri possono quindi qualificarsi come violazioni delle «regole dell'organizzazione». Infatti, la «forza» dell'OMS si fonda sulla possibilità di imporre agli Stati membri l'adozione di misure al fine di prevenire la diffusione e il contagio di malattie pericolose e, più in generale, al fine di contribuire alla tutela internazionale della salute. Questa attività para-normativa (Oddenino, «Profili internazionali ed europei del diritto alla salute», in [Ferrara](#), p. 129) si concretizza nell'adozione di *regolamenti* (art. 21 della [costituzione](#) dell'OMS) vincolanti per gli Stati membri (art. 22). I più noti sono i già citati RSI modificati da ultimo nel 2005. È difficile sostenere che tali atti non siano «regole dell'organizzazione» anche se la loro adozione, sebbene formalmente avvenga attraverso l'*Assemblea* dell'OMS richiama logiche della negoziazione dei trattati internazionali ([Schermers, Blokker](#), p. 794-795).

Come visto in apertura, il rispetto dei RSI e, più in generale, dei regolamenti dell'OMS costituisce per l'organizzazione un vero punto debole, tanto che il rischio che gli Stati interpretino in maniera anarchica questi atti è molto alto. Non è un caso che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, con la [risoluzione 2177](#), abbia fatto ricorso al capitolo VII della Carta per richiamare gli Stati all'osservanza dei RSI nella gestione della «crisi *Ebola*», destando, peraltro, qualche perplessità sull'opportunità che il rispetto dei *regolamenti* venga assicurato in tal modo ([Balmond](#)).

Ciononostante, stando al testo dell'art. 22 del Progetto, l'OMS potrebbe reagire a una violazione dei *Regolamenti* solo se ciò fosse previsto dalle «regole dell'organizzazione».

Analizzando, anzitutto, la sua [costituzione](#) emerge l'assenza di norme che conferiscano all'OMS la facoltà di adottare contromisure qualora gli Stati membri violino le regole dell'organizzazione. L'art. 7, infatti, contempla solo la possibilità per l'organizzazione di sospendere il diritto di voto agli Stati che non rispettino i loro obblighi finanziari e, dunque, si presenta come una sanzione. Vi è, invece, tra le competenze dell'*Assemblea*, la possibilità di adottare «any other appropriate action to further the objective of the Organization» (art. 19, lett. *m*). È lecito chiedersi se questa norma possa contenere un implicito richiamo alla possibilità di adottare contromisure nei confronti degli Stati membri. Certamente appare molto ampia, ma è dubbio che essa possa soddisfare i requisiti dell'art. 22 del Progetto, che appaiono molto stringenti, poiché sono tesi al rispetto degli «special ties existing between an international organization and its members» (Progetto, art. 22, commentario, par. 6).

Spostando l'attenzione, più nello specifico, ai RSI del 2005, è opportuno concentrarsi sull'art. 56, comma 5, secondo cui: «in the event of a dispute between WHO and one or more States Parties con-

cerning the interpretation or application of these Regulations, the matter shall be submitted to the Health Assembly». Sembra, almeno all'apparenza, che questa norma possa indicare la strada verso un meccanismo, invero un po' primitivo, di composizione delle controversie (Burci, Feinäugle, "The ILC's Articles Seen from a WHO Perspective", in Ragazzi, cit., p. 187), che renderebbe superfluo e non legittimo il ricorso alle contromisure.

Vanno però fatti alcuni rilievi. La formula inclusa nell'art. 56, comma 5, dei RSI è stata forse pensata proprio in quest'ultima prospettiva ([Fidler 2005](#), p. 346 e 379), ma non è presente in altri *Regolamenti* dell'OMS e non è detto che venga riproposta in futuro. Inoltre, non è chiaro, mancando prassi, fino a che punto il meccanismo di cui all'art. 56, comma 5, dei RSI sia realmente idoneo a indurre uno Stato a porre fine a un proprio comportamento illecito ([Foltea](#), p. 154-155).

Lo scenario appare ostile: non sembrano esserci le condizioni affinché l'OMS adotti contromisure in caso di violazioni dei RSI. Questa parziale conclusione deve però indurre due riflessioni di carattere generale: la prima legata all'art. 22 del Progetto, la seconda alle effettive ambizioni dell'OMS a essere destinataria di norme che le consentano di adottare contromisure.

Quanto al primo aspetto, l'art. 22 appare eccessivamente rigido, limitando fortemente le possibilità di un'organizzazione internazionale di ricorrere a contromisure. In particolare, le cautele introdotte con riguardo alle violazioni delle "regole dell'organizzazione" commesse dagli Stati membri appaiono pensate per organizzazioni sofisticate, che prevedono sistemi sanzionatori e di soluzione delle controversie. Non è un caso che molti Autori ritengano che queste cautele rappresentino sviluppo progressivo e non codificazione del diritto internazionale sul punto (Pustorino, "L'ammissione della Palestina all'UNESCO", in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 599-600, Tzanakopoulos, in Ragazzi, cit., p. 368; si noti che tali Autori si riferiscono all'art. 52 del Progetto, che è comunque specularmente all'art. 22). Se così fosse, vi sarebbe forse spazio per una regola più elastica, che meglio consideri le istanze di organizzazioni internazionali meno sofisticate che, più di altre, necessitino di ricorrere a mezzi quali le contromisure. In questo modo, nulla ostacolerebbe l'OMS nell'adozione di contromisure in risposta alle violazioni dei *Regolamenti* commesse dai propri Stati membri, ciò che, peraltro, ben si sposa con il ruolo dell'OMS stessa nella *governance* della tutela della salute ([Klabbers](#)).

Viene però da chiedersi, in ultima istanza, se l'OMS ritenga di dover combattere fino in fondo questa battaglia; o meglio, se l'OMS ritenga che le contromisure siano uno strumento efficace a disposizione delle organizzazioni internazionali, tenendo conto del fatto che non vi è traccia di ciò nel [progetto](#) di riforma dell'organizzazione.

Ebbene, la risposta sembra fornirla la stessa organizzazione, in

un [commento](#) inviato alla CDI nel corso della [61° sessione](#). L'OMS evidenzia come, in generale, il tema delle contromisure debba essere letto considerando la posizione "privilegiata" in cui si trovano gli Stati membri di un'organizzazione internazionale. Questi, infatti, possono indurre le organizzazioni cui appartengono ad aderire ai propri obblighi internazionali adottando nei loro confronti contromisure, quali, ad esempio, la sospensione dell'erogazione di finanziamenti. Una simile preoccupazione trova fondamento nella prassi recente, nella [decisione](#) del Governo degli Stati Uniti di sospendere il finanziamento all'UNESCO a seguito dell'ammissione della Palestina quale membro (Pustorino, cit.; [Ahlborn 2011b](#)). È chiaro, come sostenuto ancora dall'OMS, che le organizzazioni internazionali abbiano invece a disposizione pochi – e meno efficaci – strumenti di pressione nei confronti degli Stati: tra questi vi è la sospensione dal diritto di voto dello Stato inadempiente, della cui efficacia è comunque lecito dubitare (basti pensare che ancora adesso il Congresso degli Stati Uniti [non ha autorizzato](#) la ripresa dei finanziamenti all'UNESCO nonostante la sospensione dall'esercizio del diritto di voto; cfr. Ingadottir, "Financing international institutions", in [Klabbers, Wallendhal \(eds.\)](#), p. 120).

Inoltre, l'adozione di contromisure rischierebbe di imporre alle organizzazioni internazionali di violare il proprio mandato; per dirla con le parole dell'OMS «[t]he suspension by the organization concerned of its activities [...] would negatively affect the interests of the beneficiaries of those activities» e quindi essere contraria alle "regole dell'organizzazione" (Dopagne, "Sanctions and countermeasures by International Organizations: Diverging lesson for the idea of autonomy" in [Collins, White](#)). Questo tema sembra essere molto caro all'OMS, che talvolta è stata accusata di essere troppo indulgente verso le pretese di attori non-statali con interessi economici, tra cui le industrie farmaceutiche, a detrimento del proprio mandato ([Deshman](#)).

Non è detto, però, che il rischio di compromettere le funzioni dell'organizzazione rappresenti un ostacolo insormontabile. Le contromisure devono sempre essere proporzionali (sul punto, in generale, v. [Cannizzaro](#)) e in definitiva tale requisito, che in questo breve scritto non si è potuto esplorare, potrebbe rappresentare una giusta garanzia di equilibrio tra, da un lato, la necessità di salvaguardare il rapporto tra organizzazioni internazionali e Stati membri e, dall'altro lato, la doverosa attenzione alle funzioni essenziali di talune organizzazioni.

5 maggio 2016

La tutela della salute e la protezione dell'investimento: la possibile composizione di interessi antagonisti

BENEDETTA CAPPIELLO (*)

1. La necessità di regolare in modo equilibrato il rapporto tra le parti di un'operazione di investimento non è nuova ma rimane difficile trovare gli strumenti per bilanciare interessi contrapposti e, apparentemente, non componibili ([Dupuy et al.](#)). Ci riferiamo, in particolare, alla necessità per lo Stato ospite di tutelare il diritto alla salute garantendo, contestualmente, il proseguimento dell'operazione di investimento nel proprio territorio.

Questo breve elaborato si propone di comprendere se in seno all'Unione si stia sviluppando una nuova prassi, volta a definire un diritto degli investimenti più equilibrato e a difesa di uno sviluppo che, perché sia sostenibile, deve garantire anche il diritto alla salute ([Montini](#)).

In primo luogo, ci domanderemo se l'Unione abbia la facoltà, ovvero il dovere, di definire le proprie relazioni esterne tutelando, anche, i diritti fondamentali; proseguiamo, poi, interrogandoci su quali siano gli strumenti a disposizione dell'Unione per garantirli. Il fine è quello di dimostrare che, nonostante si stia assistendo ad una "contrattualizzazione" dei diritti fondamentali, l'operatore economico/investitore non è ancora adeguatamente responsabilizzato.

2. Il tema che ci si propone di trattare non è originale ma è tornato attuale da quando è entrato in vigore il Trattato di Lisbona che ha, *inter alia*, riconosciuto la competenza esclusiva europea in materia di investimenti esteri diretti.

Da allora, l'Unione ha iniziato a definire in tale materia una po-

(*) Università di Milano.

litica europea occupandosi, essenzialmente, di due aspetti: da un lato, predisporre un regime transitorio per gli accordi in vigore tra Stati membri e Paesi terzi e Stati membri tra loro e, dall'altro, negoziare accordi commerciali europei in forma mista, o bilaterale, con Paesi terzi.

Questo secondo aspetto della *definenda* politica europea impone di interrogarsi sulla tipologia di accordi che verranno sottoscritti, *rectius* sulle clausole che nei medesimi verranno inserite. Il trasferimento della competenza in materia di investimenti in capo all'Unione pare, infatti, offrire l'occasione per ridefinire le fonti normative in materia. Sembra invero possibile, nonché auspicabile, che si abbandoni l'approccio tradizionale per effetto del quale gli accordi di investimento hanno, per lo più, rappresentato "carte di diritti dell'investitore".

Le stesse fonti normative europee inducono a pensare che l'Unione dovrà muoversi in quella direzione. Ricordiamo, infatti, che l'art. 205 TFUE, che riflette l'approccio unitario all'azione esterna europea, impone all'Unione di stringere relazioni con i Paesi terzi solo nel rispetto dei propri valori.

Ciò significa che essa deve instaurare relazioni con i Paesi terzi mantenendo il livello di tutela dei diritti fondamentali eguale a quello garantito nel territorio europeo.

L'Unione dovrebbe dunque optare per la definizione di accordi commerciali e di investimento ove i reciproci interessi delle parti siano bilanciati in modo più equilibrato, rispetto a quanto non risulti in quelli sino ad ora sottoscritti dagli Stati membri. Segnatamente, il diritto dello Stato ospite di introdurre misure normative a tutela di interessi pubblici dovrebbe essere garantito al pari di quello dell'investitore.

Così posta, la questione sembra riguardare la tutela della sovranità da un lato, e quella dell'operazione economica dall'altro.

Nella realtà, osserviamo che il diritto dello Stato ospite di introdurre modifiche legislative a tutela di valori fondamentali non ha mai trovato compiuta espressione nelle fonti di riferimento.

Con specifico riguardo agli accordi di investimento sottoscritti dagli Stati membri prima della cessione di competenze, essi, di regola, non contengono alcuna previsione a tutela del diritto dello Stato di introdurre misure normative nell'interesse pubblico. Il concetto di salute pubblica, poi, figura al più nei preamboli degli accordi divenendo, quindi, elemento interpretativo in sede di contenzioso. In parallelo, i contratti di Stato, fonti sotto-ordinate rispetto agli accordi, contengono clausole di stabilizzazione per effetto delle quali, in misura più o meno intensa, lo Stato ospite si obbliga a non modificare il proprio assetto normativo interno se ciò può negativamente colpire le operazioni di investimento sul proprio territorio. In estrema sintesi, da un lato l'esercizio della sovranità non trova espressa menzione nei rapporti

Stato-Stato, dall'altro, essa risulta espressamente limitata nel rapporto sottostante Stato-investitore.

In verità, la mancanza di un'espressa menzione del libero esercizio della sovranità non dovrebbe stupire, considerato che di sovranità si parla quando la si vuole ridurre ovvero modificare. Non sembra invece necessario citarla al sol fine di ribadirla. Sicuramente censurabile è, invece, la tendenza degli Stati di limitare il proprio diritto sovrano con clausole di stabilizzazione.

3. Esaminando la più recente prassi europea risulta, invece, che è sempre più spesso sancito il diritto dello Stato ospite di modificare il proprio assetto normativo per tutelare interessi pubblici, tra i quali figura, inevitabilmente, anche la tutela della salute. Segnatamente, ci riferiamo agli accordi negoziati in forma mista, tra [UE-Canada](#) (CETA), [UE-USA](#) (TTIP) e [UE-Vietnam](#).

In tutti, e in molti altri ancora, la tutela degli interessi pubblici degli Stati ospiti figura addirittura non solo nel preambolo ma anche in più parti dell'accordo, che regola sia gli scambi commerciali sia le operazioni di investimento. Inoltre, alcune clausole a tutela dell'operazione di investimento sono state riformulate in termini più precisi, così aumentando la libertà di azione dello Stato ospite che potrà, ad esempio, introdurre modifiche normative che, se nel rispetto delle previsioni dell'accordo, non saranno passibili di censura ([Van Harten](#), pp. 152-184). Al riguardo, sembra facile sostenere che l'Unione Europea abbia abbandonato i tradizionali modelli di accordi, facendo propri quelli [NAFTA](#) e [U.S.A.](#) ([Fontanelli et al.](#)) Ciò si evince, ad esempio, guardando la nuova formulazione della clausola sull'espropriazione che, come nei modelli d'oltreoceano, definisce anche le ipotesi di espropriazione indiretta. Tale fattispecie non si concretizza nel caso in cui lo Stato ospite abbia introdotto modifiche legislative in modo non discriminatorio e a tutela, anche, del diritto alla salute (espressamente previsto). Lo stesso vale per la clausola sul trattamento giusto ed equo che contiene l'elenco delle azioni che, se compiute dello Stato ospite, si pongono in violazione della clausola medesima. *A contrario*, ciò significa, però, che non tutte le misure legislative introdotte dallo Stato ospite implicano la violazione dell'accordo, anche qualora una tra esse dovesse colpire negativamente l'operazione di investimento. Rileviamo, inoltre, che nella clausola arbitrale del CETA è stata introdotta una previsione che vieta l'apertura di procedimenti arbitrari qualora l'investimento abbia all'origine un atto di corruzione ovvero di esso sia stata inizialmente fatta una rappresentazione ingannevole.

Sul piano normativo, la tutela della salute risulta quindi essere maggiormente garantita rispetto al passato, essendo l'Unione e gli Stati membri espressamente liberi di modificare il proprio assetto normativo interno a tutela di valori non economici.

4. Per quel che rileva in questa sede, ci si chiede se sia sufficiente “contrattualizzare” il diritto alla salute oppure, per tutelarlo, sia necessario introdurre previsioni maggiormente vincolanti. In termini pratici, ci si domanda quali saranno le conseguenze dell’introduzione di una misura legislativa a tutela del diritto alla salute, ma in violazione di un’operazione di investimento. Al riguardo, le alternative sono due: o non verranno più aperti contenziosi sul modello di quello pendente contro il *Tobacco Plain Packaging Act*, 2011, poiché giuridicamente infondati (ICSID, [ARB/10/7](#), *FTR Holding SA, Holding SA, Philipp Morris Products S A and Abal Hermanos S A c. Oriental Republic Uruguay*; UNCITRAL, [n. 2012/12](#), *Philip Morris Asia c. Australia*); oppure, l’investitore continuerà ad iniziare tali procedimenti che avranno, però, minor possibilità di accoglimento, considerato che gli arbitri hanno meno discrezionalità interpretativa e gli accordi non paiono più mere carte dei diritti dell’investitore.

Ovviamente, la risposta arriverà dalla prassi. Ora, rileva solo evidenziare che la riformulazione delle clausole degli accordi che esplicitano la tutela, *inter alia*, del diritto alla salute, può comportare anche dei rischi.

Ci riferiamo, in primo luogo, al rischio di risultati non omogenei che possono derivare da una tutela multilivello. In altre parole, sin tanto che rimarranno in vigore gli accordi precedentemente sottoscritti dagli Stati membri, casi analoghi potranno essere risolti diversamente in base allo Stato in cui si verificano. Del resto, l’art. 168 TFUE dispone che l’Unione esercita in materia di salute pubblica una competenza di sostegno: ciascuno Stato membro legifera, dunque, in materia, in modo quasi del tutto discrezionale. Ciò significa che, presi due investitori extra-europei, il primo operativo in Francia il secondo in Italia, essi potrebbero essere oggetto di un trattamento differenziato in base alle misure introdotte dall’uno o dall’altro Stato membro a tutela della salute pubblica (l’Irlanda è il primo Stato membro dell’Unione europea ad aver dichiarato di volere introdurre pacchetti di sigarette monocromi, v. [qui](#) e [qui](#)). Vi è poi il rischio, conseguente, che i nuovi accordi, negoziati in forma mista, assumano posizioni diverse nell’ordine delle fonti di ciascun Stato membro (che può applicare una procedura di adattamento di tipo monista o dualista).

Osserviamo, in secondo luogo, che l’aver introdotto espressamente la tutela del diritto alla salute non impone un allineamento delle normative interne delle parti dell’accordo. In argomento, ci domandiamo come, pendente la ratifica del CETA, si chiuderà la vertenza tra il Canada e la società *Ely Lilly*.

La questione si pone poiché l’Unione Europea ha una normativa di settore (quello delle privative industriali) diversa rispetto a quella canadese che, allo stato, pare peraltro non essere conforme alle previsioni NAFTA, nonché all’art. 29.1 TRIPS. Ad oggi, invero, un investi-

tore europeo che operasse in Canada, anche sotto il cappello del CETA, sarebbe meno garantito di quanto non sarebbe un investitore canadese nel territorio europeo. Per il primo, infatti, la difficoltà di ottenere una privativa impedisce di avere riconosciuta la proprietà dell'invenzione e, così, di accrescere, con sicurezza, il proprio investimento.

5. In definitiva, il nuovo indirizzo dell'Unione in materia di tutela del diritto alla salute negli accordi commerciali rappresenta certo una novità ma, nella realtà, la tutela effettiva di tale diritto rimane in mano alle corti arbitrali.

Ciò si assume poiché il riconoscimento della libertà degli Stati di legiferare nell'interesse pubblico e, nello specifico, la contrattualizzazione del diritto alla salute non è andata, *pari passu*, con l'introduzione di una clausola c.d. condizionante: il legittimo proseguimento di un'operazione economica dovrebbe invero essere condizionato alla tutela, anche della salute pubblica. Solo così l'operatore economico si assume una responsabilità giuridica, nel senso che accetta di allineare la propria attività alle previsioni, nazionali e non, in materia, anche se introdotte pendente l'operazione di investimento.

La previsione espressa di un diritto non lo rende, di per sé, più vincolante e maggiormente rispettato. Del resto, la libertà di uno Stato di introdurre una modifica legislativa per tutelare la salute del proprio territorio, nonché dei propri cittadini, rientra nell'alveo delle libertà sovrane. Ribadirla per iscritto non ne accresce, però, la vincolatività, considerato che il diritto di esercitare una libertà sovrana dovrebbe esistere, indipendentemente da previsioni normative. Per il diritto internazionale, del resto, le fonti non scritte hanno pari valore di quelle scritte.

In definitiva, bene ha fatto l'Unione a voler esplicitare il diritto alla salute ma esso troverà effettiva tutela solo se l'introduzione di una modifica legislativa non sarà più oggetto di impugnazione ovvero, se lo fosse, sarà oggetto dello scrutinio di arbitri, inclini a riconoscere, preservandolo, il diritto sovrano dello Stato di tutelare valori non economici (per parte della giurisprudenza arbitrale la capacità di un investimento di contribuire allo sviluppo dell'economia dello Stato ospite cui accede è un fattore che, per parte della giurisprudenza arbitrale, deve essere valutato per decidere dell'esistenza di un'operazione di investimento. ICSID, [ARB/00/4](#), *Salini Costruttori s.p.a. e Italstrade s.p.a. c. Regno del Marocco*). Allo stato riteniamo che, assente la clausola condizionante, sia più verosimile questa seconda soluzione. Ciò è ancora più vero considerato che, da un lato, gli arbitri hanno oggi meno discrezionalità interpretativa, essendo le nuove clausole a tutela dell'investimento maggiormente definite. Dall'altro, per il tramite dell'art. 31.3(c) della Convenzione di Vienna del 1969, gli arbitri possono interpretare l'accordo, anche alla luce di tutte le altre fonti vinco-

Tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo

146

lanti per le parti tra cui rientrano quelle, sempre più numerose, che tutelano diritti fondamentali.

5 maggio 2016

La dimensione esterna delle politiche sanitarie dell'Unione europea e la cooperazione con l'Organizzazione Mondiale della Sanità

MARCO INGLESE (*)

1. Il presente contributo intende esaminare la dimensione esterna delle politiche sanitarie dell'Unione europea alla luce della cooperazione che questa ha posto in essere con l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS).

L'intervento si articola in tre sezioni. Nella prima, si analizzerà il ruolo dell'Unione nella promozione esterna della tutela della salute, ossia, si valuterà l'impatto che le sue politiche sanitarie possono giocare nella prevenzione, nel contenimento e nella risposta alle minacce transfrontaliere. Più in particolare, si vedrà come queste azioni debbano essere inserite in un duplice quadro: da un lato, come relazioni privilegiate tra l'UE e gli Stati terzi; dall'altro, nel contributo che essa può apportare in seno all'OMS. Nella seconda parte, invece, si verificheranno le modalità operative con le quali l'UE partecipa ai lavori dell'OMS. Considerati quindi i rapporti tra le due organizzazioni, si proveranno a delineare le loro responsabilità nelle ipotesi di gravi, attuali e globali pericoli per la salute umana che possano mettere a repentaglio la sopravvivenza della popolazione civile. In conclusione, si offrirà una valutazione critica della tematica trattata per comprendere se l'azione dell'UE rispetti i vincoli di risultato imposti dal Trattato di Lisbona.

Quest'ultimo ha efficacemente dotato l'Unione Europea di un variegato apparato di competenze (v. [Lucia Serena Rossi](#)) per la tutela della salute. Esse si rinvengono, in primo luogo, all'art. 4, par. 2, lett. k), TFUE, per quel che concerne i «problemi comuni di sicurezza in

(*) Università di Sarajevo.

materia di sanità pubblica» come area di competenza concorrente e, in secondo luogo, all'art. 6, lett. a), TFUE, in materia di «tutela e miglioramento della salute umana» come competenza di sostegno e coordinamento. Tali disposizioni sono a loro volta completate dalla clausola trasversale di cui all'art. 9 TFUE e trovano la loro espressione più completa nell'art. 168 TFUE (v. [Valerie Michel](#) 2003-2004). Infine, l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali prevede la garanzia di un livello elevato di tutela della salute umana.

Ai fini del presente contributo, l'art. 168, par. 3, TFUE, è la disposizione rilevante nella misura in cui «l'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali competenti in materia di sanità pubblica». Più in generale, ciò si inserisce nella lotta ai c.d. grandi flagelli e alle gravi minacce a carattere transfrontaliero (art. 168, par. 1 e 5, TFUE). Pertanto, è naturale collegare tali aspetti al ruolo svolto dall'OMS e alle forme di cooperazione che l'UE ha instaurato con essa. L'argomento è ancora più attuale se si pensa all'epidemia di [Ebola](#) che ha colpito tra il 2014 e il 2015 alcune nazioni dell'Africa occidentale – con conseguenti allarmi nel resto del mondo – e alla più recente preoccupazione dovuta al virus [Zika](#) che ha avuto i primi focolai in Brasile.

Per delimitare il nostro campo di indagine, occorre infine aggiungere che non si farà riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia per i profili riguardanti l'utilizzo dell'art. 168 TFUE come base giuridica (v. [Tamara Hervey](#) 2001) ma si approfondiranno soltanto i rapporti tra le due organizzazioni internazionali. Parimenti, la concettualizzazione del diritto alla salute, così come elaborata dal diritto dell'UE (v. [Tamara Hervey](#) 2003) e da quello internazionale (v. [John Tobin](#)), sarà lasciata sullo sfondo.

2. La principale difficoltà nel tracciare i confini della dimensione esterna delle politiche sanitarie dell'Unione consiste nel fatto che, da un lato, esse sono rimaste ancorate ad una visione per lo più emergenziale; dall'altro, sono state soverchiate da esigenze ritenute più impellenti, quali, ad esempio, la lotta al terrorismo, la sicurezza nazionale, la protezione dei dati personali e la rapidità degli investimenti. Sotto altri profili, esse hanno avuto un ruolo differente nelle dispute commerciali che hanno contrapposto l'UE e gli Stati Uniti nel caso degli [ormoni](#) e al momento rivestono una certa importanza per quel che riguarda la negoziazione delle clausole di salvaguardia del TTIP, sulle quali non è ancora possibile esprimersi in maniera dettagliata. In altri termini, sembra che l'UE (re)agisca solo quando stimolata su aspetti ben determinati. Anche a livello di azioni di sostegno, le c.d. strategie per la salute, si limitano ad affermare meccanicamente il suo ruolo nello scacchiere globale.

[Il terzo programma di azione dell'Unione in materia di salute \(2014-2020\)](#) prevede infatti lo sviluppo delle politiche sanitarie po-

nendosi nel solco del [Libro bianco Insieme per la salute](#) e superandone le principali criticità. In particolare, facendo opportuno riferimento anche alla [decisione relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero](#), viene evidenziato il ruolo proattivo da porre in essere nella lotta, ad esempio, all'influenza H1N1 e alla Sars, aggiungendo, inoltre, il contrasto alle minacce provocate dal cambiamento climatico o da incidenti biologici e chimici (su questi aspetti v. [Nathalie De Grove-Valdeyron](#), (pp. 54 e 63-64)). Di conseguenza, il programma prevede il rafforzamento della cooperazione con le organizzazioni internazionali e segnatamente con l'OMS. Più nel dettaglio, esso include una dotazione finanziaria di circa Euro 450 milioni, maggiore quindi rispetto a quella stanziata per il periodo [2008-2013](#).

Gli strumenti menzionati sono diretti agli Stati membri e alle istituzioni dell'UE nonostante contengano qualche apertura anche agli Stati terzi, con particolare enfasi rispetto a quelli candidati all'adesione.

Nulla si dice rispetto alle organizzazioni internazionali; *rectius*, la possibilità (o la necessità?) di cooperare viene costantemente ribadita senza però predisporre null'altro. Il che suscita notevoli perplessità poiché, se da un lato l'art. 168, par. 3, TFUE prevede tale facoltà, utilizzando la formula del *favorire*; dall'altro, è anche vero che l'art. 216, par. 1, TFUE, consente all'Unione di stipulare accordi con le organizzazioni internazionali al fine di realizzare gli obiettivi previsti dai Trattati (cfr. [Marise Cremona](#) (p. 224)). Ora, sebbene l'art. 3 TUE non la menzioni esplicitamente, si potrebbe far rientrare la tutela della salute nella nozione di "benessere". Quest'ultimo sarebbe, infatti, riconducibile alla definizione di salute fornita dall'OMS per la quale essa è uno «stato di completo *benessere* [corsivo aggiunto] fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia».

Appurata la presenza di un chiaro *favor* verso la collaborazione sia con gli Stati terzi sia con le organizzazioni internazionali, è ora possibile esaminare i rapporti tra l'Unione e l'OMS (v. [Michel Bélan-ger](#)).

3. L'Organizzazione Mondiale della Sanità è una delle agenzie delle Nazioni Unite ([Gian Luca Burci e Claude-Henri Vignes](#)) i cui scopi precipui sono la tutela e la promozione della salute dell'uomo. L'UE non fa parte dell'OMS in quanto, secondo la sua Costituzione, solo gli Stati possono chiedere di essere ammessi. Ciononostante, l'UE non ha fatto mancare la propria partecipazione – per il tramite di una rappresentanza permanente – in tutte le questioni più attuali degli ultimi anni. Ciò è in parte dovuto, secondo [Vincent Rollet e Peter Chang](#), al fatto che l'azione dell'Unione non è guidata esclusivamente dai Trattati ma anche dalle legittime aspettative degli Stati membri e, più in generale, della comunità internazionale.

Si segnalano quindi, a titolo di esempio, gli accordi con alcuni

Paesi terzi – tra cui l’Egitto e la Moldavia – in cui, *inter alia*, l’UE offre aiuti economici per affrontare le emergenze e per l’ammodernamento dell’assistenza di base e ospedaliera. Tuttavia, non si tratta, almeno a parere di chi scrive, di accordi stipulati con lo scopo specifico di tutelare la salute umana ma di strumenti onnicomprensivi e che dunque non sono idonei a configurare una prassi omogenea in materia di politiche sanitarie esterne. Tra l’altro, non è un caso che, anche a livello organizzativo, essi siano gestiti dalla DG Europaid e non dalla DG Sanco che, per contro, rappresenta l’UE in seno all’OMS. Di conseguenza, viene ancora sottolineato come uno dei problemi più comuni sia, da un lato, la capacità di presentarsi come un attore credibile (*to speak with one voice*); dall’altro, il fatto che l’Unione sia ancora percepita solamente come una potenza economica piuttosto che come un soggetto idoneo a portare avanti una strategia sanitaria di ampio respiro. A tale perplessità, si può naturalmente opporre l’argomentazione che l’UE è retta dal principio di attribuzione delle competenze e quella in discorso si sta sviluppando solo recentemente ed è da esercitarsi a sostegno degli Stati membri.

[Samantha Battams et al.](#) argomentano che, sebbene l’Unione non sia parte dell’OMS, essa avrebbe comunque un ruolo di fondamentale importanza nella misura in cui il 30% dell’intero budget dell’organizzazione proviene dagli Stati membri. Gli autori evidenziano inoltre la necessità di coerenza tra le politiche sanitarie interne e quelle esterne, sostenendo come alcune di queste –*in primis* quelle del tabacco – siano ancora espressione delle logiche del mercato comune. Essi segnalano anche una certa diffidenza reciproca tra i rappresentanti degli Stati membri e quelli dell’UE, diffidenza che si ripercuote sull’effettiva capacità di quest’ultima di accreditarsi come [attore sanitario globale](#) (su cui v. anche le [conclusioni del Consiglio](#)). Infine, essi pongono l’accento sul ruolo proattivo giocato dall’UE nelle negoziazioni riguardanti la riforma dell’OMS, concludendo che, nonostante gli sforzi intrapresi, l’Unione goda di maggiore considerazione presso altre organizzazioni – in particolare l’Organizzazione Mondiale del Commercio – se non altro a causa dello sviluppo maggiore di alcuni settori strategici.

È stato opportunamente segnalato che la crescita dell’UE come attore sanitario globale passi anche attraverso una politica commerciale accorta, basata sulle clausole trasversali del Trattato (art. 9 TFUE) – e sul principio *health in all policies* (HIA, [Mark Flear](#)), nonché rispettosa dell’art. 168 TFUE. Anche in questo caso la tutela della salute pubblica deve rappresentare il principio guida dell’azione dell’Unione. In altri termini, come già avviene per altri ambiti, si legifera in una materia con il (non) velato obiettivo di disciplinarne un’altra dove la competenza dell’UE risulta più debole ([Valerie Michel](#) 2012). Ponendo la questione in altri termini, è possibile sostenere la negoziazione di un accordo in materia di sperimentazione clinica

sulla base dell'articolo 168, par. 3, TFUE, e non sull'art. 207 TFUE?

Sembra quindi che ci sia una chiara «internal/external asymmetry» ([Chien-Huei WU](#), p. 512) nelle politiche sanitarie esterne dell'UE. Dunque, quando si tratta di aspetti commerciali indirettamente relativi alla tutela della salute – si pensi ad esempio alla legislazione farmaceutica e ai brevetti – si predilige la competenza esclusiva di cui all'art. 3, lett. e), TFUE. Quando invece occorre accreditarsi come attore sanitario globale si ricade invece nella più docile competenza di sostegno. Tale dicotomia si ripercuote sia sui processi decisionali da adottare in un caso e nell'altro, sia sulle modalità operative con cui l'Unione europea partecipa come osservatore ai lavori dell'OMS.

4. La responsabilità delle organizzazioni internazionali nella risposta alle minacce alla salute pubblica globale passa attraverso una serie di azioni mirate al contenimento del rischio, alla riduzione del contagio, agli investimenti pubblici per la ricerca e sviluppo di nuovi farmaci ma soprattutto attraverso la chiara presa di posizione che le nazioni colpite dalle emergenze sanitarie non possono essere lasciate sole a se stesse. Tale affermazione è condivisa dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, il quale, con la [risoluzione 2177](#), riconosce che il diffondersi dell'ebola rappresenta una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e incoraggia le organizzazioni – tra cui l'Unione europea e l'Unione africana – e gli Stati ad affrontare la crisi nel modo più rapido possibile. Con tali auspici, il Consiglio di Sicurezza riconosce all'OMS il ruolo di leader nella gestione delle operazioni. Essa ha infatti approntato un [piano operativo congiunto](#) che prevede il dispiegamento rapido di tutti i soggetti coinvolti nella tutela della salute pubblica globale, incluse le organizzazioni non governative.

Nel prevedere uno stanziamento iniziale di Euro 11 milioni, anche le [conclusioni del Consiglio affari esteri](#) sottolineano l'importanza del ruolo assunto dall'OMS. Tuttavia, la [risoluzione del Parlamento europeo sulla risposta dell'UE allo scoppio dell'Ebola](#) evidenzia come la reazione degli Stati membri all'emergenza sia stata «lenta e irrisoria», invitando questi ultimi e la Commissione a preparare una strategia di mobilitazione. Nonostante le criticità iniziali, le azioni dell'UE si sono nel frattempo potenziate poiché, grazie alla [decisione relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero](#), è stato migliorato il coordinamento con l'OMS.

La reazione dell'Unione alle minacce alla salute pubblica globale si è realizzata attraverso la costituzione di un [corpo medico europeo](#) (al quale l'Italia non partecipa, v. [qui](#)) – composto da squadre di emergenza e supporto, laboratori e cliniche (v. [qui](#) per le specifiche tecniche operative) – e di una [task force](#) dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA) composta da immunologi e infettivologi. Queste azioni sono però coordinate dalla DG Humanitarian Aid and Civil

Protection (v. [qui](#)) e non della DG Sanco. Di conseguenza, l'intervento dell'UE è stato più orientato al perseguimento degli obiettivi di cui agli articoli 196 TFUE (protezione civile) e 208-211 TFUE (cooperazione allo sviluppo e aiuti umanitari) piuttosto che al rispetto del dettato dell'art. 168, par. 3 TFUE.

Si potrebbe dunque formulare l'ipotesi che l'Unione agisca sì verso l'esterno ma con lo scopo indiretto di aumentare il livello di tutela della salute pubblica sul proprio territorio. Sembra quindi possibile rinvenire in tale approccio una sorta di effetto utile delle politiche sanitarie esterne. Il che è del resto coerente con la constatazione che la deroga per motivi di sanità pubblica alle libertà fondamentali è da sempre stata connaturata al sistema del Trattato.

La disamina finora svolta ha permesso di dimostrare il ruolo dell'OMS e dell'Unione nel contrasto alle epidemie trasformatesi in gravi minacce transfrontaliere in grado di mettere a repentaglio la sopravvivenza di uno Stato. Si è cercato inoltre di provare come le organizzazioni internazionali abbiano livelli di responsabilità differenti, calibrati in base ai propri trattati istitutivi, rispetto a determinati fenomeni. Sostanzialmente, se l'OMS rimane l'attore principale nel contrasto alle emergenze sanitarie di carattere globale, l'Unione mantiene una ben riconoscibile funzione di supporto e sostegno nella gestione delle emergenze.

5. L'analisi delle politiche sanitarie esterne dell'Unione e la sua partecipazione ai lavori dell'OMS permette di trarre alcune conclusioni sulla strategia e sulle responsabilità delle organizzazioni internazionali rispetto ai gravi pericoli per la salute pubblica globale. Per quel che riguarda l'UE, nonostante il Trattato preveda una serie di azioni concrete contro le malattie infettive, i grandi flagelli e le minacce transfrontaliere, il suo ruolo continua ad avere un carattere estemporaneo e legato alle contingenze del momento. Del resto, l'UE ha adempiuto le proprie responsabilità esterne in maniera *quasi* funzionale, ossia, cercando di salvaguardare la propria dimensione interna. Le iniziative intraprese si sovrappongono a quelle avviate sotto l'egida della protezione civile, a loro volta affiancate da quelle in materia di aiuto umanitario e cooperazione allo sviluppo. Eppure, l'art. 168, par. 3, TFUE ben prevede la cooperazione dell'UE con le organizzazioni internazionali in materia sanitaria.

Tuttavia, l'Unione è ancora percepita come un gigante economico, dotato di un'insufficiente proiezione esterna delle proprie politiche interne, eccezion fatta, probabilmente, per alcuni settori specifici quali, ad esempio, la politica commerciale comune e la tutela dei dati personali. È quindi naturale ritenere che il ruolo preponderante nella salvaguardia della salute pubblica a livello mondiale debba spettare all'OMS, in quanto organizzazione dotata di maggiori poteri di intervento, di ben definite competenze tecniche e scientifiche nonché pre-

cise responsabilità derivanti dalla propria Costituzione.

Infine, per quel che riguarda l'Unione, gli sforzi di coordinamento con l'OMS non devono essere sottovalutati, anzi, dimostrano lo sviluppo di una visione globale anche in un settore peculiare come la protezione della salute. Ad ogni modo, per quanto ciò non rappresenti un fattore negativo in ottica funzionale, rimane ancora da chiarire se tali interventi possano nel tempo configurarsi come l'espressione di una genuina politica di tutela della sanità pubblica oppure se rimarranno sempre una reazione alle emergenze del momento.

5 maggio 2016

Il diritto alla protezione della salute nella Carta sociale europea

GIUSEPPE PALMISANO (*)

Sul piano “regionale” europeo la tutela del diritto alla salute, pur passando per la CEDU (articoli 2, 3 e 8 della Convenzione) e la Corte europea dei diritti dell’uomo, nonché per la Carta dei diritti fondamentali dell’UE (art. 35), trova il suo spazio più esteso e privilegiato nel sistema – spesso trascurato – della [Carta sociale europea](#), che sin dal 1961 contempla una disposizione dedicata espressamente al «Diritto alla protezione della salute» (articolo 11).

L’articolo 11 della Carta sociale merita attenzione sia in se stesso, in quanto definisce gli obblighi degli Stati che si sono impegnati a rispettare il diritto alla salute (ossia 42 dei 43 Stati parti della Carta; l’Armenia è l’unico Stato parte a non aver accettato l’articolo 11), sia perché nell’interpretare e applicare tale articolo il [Comitato europeo dei diritti sociali](#) – l’organo di controllo della Carta sociale – ha progressivamente individuato e chiarito i contenuti concreti e le implicazioni dell’obbligo di garantire la salute, ed anche il valore e la portata giuridica di quest’obbligo. Ciò è avvenuto nel contesto sia della valutazione da parte del Comitato dei rapporti presentati periodicamente dagli Stati, sia dell’esame e della decisione di alcuni “[reclami collettivi](#)” presentati contro gli Stati per violazione dell’articolo 11.

Nella Parte I della Carta sociale, gli Stati parti hanno innanzitutto riconosciuto che «everyone has the right to benefit from any measures enabling him to enjoy the highest possible standard of health attainable». Nell’articolo 11 essi si sono poi impegnati ad «assicurare l’esercizio effettivo» di questo diritto mediante l’adozione di misure adeguate «designed inter alia: 1. to remove as far as possible the causes of ill-health [in francese, «les causes d’une santé déficiente»]; 2. to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health; 3. to prevent as far as possible epidemic, endemic and other

(*) Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI – CNR).

diseases, as well as accidents».

Pertanto, come risulta dal testo dell'articolo 11 e come ha notato il Comitato europeo dei diritti sociali ([Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11](#)), l'adempimento dell'obbligo di rispettare il diritto alla protezione della salute richiede essenzialmente l'adozione di misure positive (di carattere legislativo, amministrativo, formativo e tecnico-sanitario) idonee a raggiungere gli obiettivi stabiliti dalla disposizione.

Alcuni dei contenuti possibili e delle caratteristiche di tali misure meritano di essere evidenziati.

L'adozione di misure volte a rimuovere le cause di una salute deficitaria è stata intesa dal Comitato dei diritti sociali principalmente nel senso dell'obbligo per gli Stati di garantire, a tutti quelli che ne hanno necessità, l'accessibilità e la sostenibilità economica delle cure sanitarie. La mancanza di risorse economiche non deve costituire un impedimento a tale accesso; di conseguenza gli Stati europei avrebbero, ai sensi della Carta sociale, l'obbligo di garantire l'accesso alle cure sanitarie senza costi a chi non dispone di risorse economiche. Questo implica che i costi delle cure sanitarie debbano essere sostenuti, almeno in parte, dalla comunità statale.

Accessibilità significa anche obbligo per gli Stati di garantire che l'organizzazione del sistema sanitario non determini ritardi indebiti negli interventi sanitari e la somministrazione delle cure, tali da causare rischi di peggioramento della salute. Per questo, gli Stati hanno l'obbligo di garantire, ad esempio, che la gestione delle liste e dei tempi di attesa delle cure sanitarie sia sempre tale da assicurare cure tempestive ed adeguate.

È in questa prospettiva che vanno inquadrare, tra le altre, due recenti decisioni del Comitato riguardanti gli interventi sanitari di interruzione di gravidanza in Italia, in presenza di un numero molto alto di medici e sanitari "obiettori di coscienza". Secondo il Comitato, «once States introduce statutory provisions allowing abortion in some situations, they are obliged to organise their health service system in such a way as to ensure that the effective exercise of freedom of conscience by health professionals in a professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are legally entitled under the applicable legislation» ([IPPF EN v. Italy, complaint n. 87/2012](#), par. 69, e [CGIL v. Italy, complaint n. 91/2013](#), parr. 166-167).

L'obbligo di adottare misure volte a rimuovere le cause di una salute deficitaria, affinché ogni persona possa godere del miglior stato di salute possibile, implica inoltre che gli Stati sono impegnati a garantire che i rispettivi sistemi sanitari siano in grado di rispondere in modo adeguato (tenuto conto delle conoscenze esistenti) ai «rischi sanitari evitabili», ossia a quei rischi «that can be controlled by human action» (v. ad es. [Conclusions XV-2, 2001, Denmark](#)).

In questa prospettiva, e in ragione della connessione crescente operata dagli Stati e dalle istanze internazionali tra la protezione della salute ed un ambiente sano, il Comitato considera che tra i rischi evitabili debbano essere inclusi quelli derivanti dalle “minacce ambientali”, e che l’articolo 11 comprenda quindi il diritto ad un ambiente sano ([Marangopoulos Foundation for Human Rights \(MFHR\) v. Greece, complaint n. 30/2005](#), parr. 194-195 e 202).

Tale diritto, come parte di quello alla protezione della salute, è stato affermato e valorizzato soprattutto con riferimento al paragrafo 3 dell’art.11, che obbliga gli Stati all’adozione delle misure necessarie per prevenire malattie epidemiche, endemiche o di altro genere. Nell’ambito di quest’obbligo si è dunque fatta rientrare l’adozione di misure atte ad evitare o ridurre i rischi legati all’amianto, quelli legati alla radioattività per le comunità viventi nelle vicinanze di centrali nucleari, i c.d. rischi alimentari, oltre che – ovviamente – quelli derivanti dall’inquinamento dell’aria e dell’acqua.

Riferendosi appunto all’obbligo di controllare e ridurre l’inquinamento, il Comitato ha avuto modo di precisare i concetti di “realizzazione progressiva” di tale obbligo e di “protezione effettiva” del diritto (sociale) alla salute. Esso ha infatti riconosciuto che «overcoming pollution is an objective that can only be achieved gradually. Nevertheless, States party must strive to attain this objective within a reasonable time, by showing measurable progress and making best possible use of the resources at their disposal. The Committee assesses the efforts made by States with reference to their national legislation and regulations and undertakings entered into with regard to the European Union and the United Nations, and in terms of how the relevant law is applied in practice» ([MFHR v. Greece](#), cit., par. 203). E ricordando che l’attuazione della Carta sociale richiede agli Stati non solo di adottare «*legal action*», ma anche «*practical action*» e «*operational procedures*» «to give full effect to the rights recognised in the Charter», ha chiarito come l’obbligo di garantire un ambiente sano implichi, ad esempio, che gli Stati parti adottino «specific steps, such as modifying equipment, introducing threshold values for emissions and measuring air quality, to prevent air pollution at local level» ([Conclusions 2009, Georgia](#)), e che essi assicurino altresì l’attuazione delle norme e degli standard ambientali mediante meccanismi di controllo effettivi ed efficaci, che siano sufficientemente dissuasivi e abbiano un’incidenza reale sulle emissioni inquinanti ([MFHR v. Greece](#), cit., parr. 203, 209, 210, 215).

In questo senso proprio la mancanza di controlli effettivi, in un caso di inquinamento derivante dallo sfruttamento di miniere di lignite, è stata individuata dal Comitato dei diritti sociali come idonea in sé stessa a determinare la violazione del diritto alla protezione della salute delle persone viventi nell’area delle miniere ([ibid.](#), parr. 215-221).

Da ultimo, è importante rilevare come il Comitato abbia ricono-

sciuto nell'obbligo di tutelare il diritto alla salute un valore giuridico speciale e per così dire "rafforzato". La cura della salute costituisce infatti, secondo il Comitato, una preconditione essenziale alla preservazione della dignità umana ([FIDH v. France, Complaint n. 14/2003](#), par. 31) ed è strettamente complementare alla tutela del diritto fondamentale alla vita e al divieto di trattamenti inumani e degradanti ([Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11](#)).

Da ciò il Comitato ha coraggiosamente dedotto che, in deroga all'Annesso alla Carta sociale (che purtroppo obbliga gli Stati ad applicare la Carta agli stranieri nel solo caso di «nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned»), il diritto di accesso alle cure sanitarie debba essere garantito anche a quelle persone – come ad es. i migranti c.d. irregolari o gli stranieri non europei, ivi compresi ovviamente i minori stranieri non accompagnati – che non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della Carta.

Precisamente, secondo il Comitato: «the restriction of the personal scope included in the Appendix should not be read in such a way as to deprive foreigners coming within the category of unlawfully present migrants of the protection of the most basic rights enshrined in the Charter or to impair their fundamental rights such as the right to life or to physical integrity or the right to human dignity»; e «not considering the States Parties to be bound to comply with the requirement to protect health in the case of foreign minors unlawfully present in their territory and, in particular, with the requirement to ensure access to health care would mean not securing their right to the preservation of human dignity and exposing the children and young persons concerned to serious threats to their lives and physical integrity» ([Defence for Children International v. Belgium](#), Complaint n. 69/2011, parr. 102 e 28).

27 maggio 2016

Soft Law and the Inclusion of Non-State Actors to International Health Law: The Example of the WHO/UNICEF Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes

JULIA RICHTER (*)

While international health cooperation has historically been an interstate endeavour, the acceleration of globalisation and the related decline of the importance of national states at the international plane gave rise to a plethora of new actors: it is no longer only states, but also international organisations, multinational companies, and non-governmental organisations that play an important role with regard to public health protection. For example, at the end of the 20th and the beginning of the 21st century, civil society actors were protagonists in the HIV/AIDS movement, while governments failed to respond adequately to the rampant spread of the pandemic (famous examples in this regard are the [AIDS Coalition to Unleash Power \(ACT UP\)](#) in the United States and the [Treatment Action Campaign \(TAC\)](#) in South Africa. The latter filed a seminal case at the constitutional court in order to ensure availability of a drug preventing mother-to-child-transmission of HIV ([Minister of Health v Treatment Action Campaign \(TAC\) \(2002\) 5 SA 721 \(CC\), Case CCT 8/02](#)). Furthermore, with the intensification of public-private partnerships, the private sector and hence multinational enterprises play an increasing role in international health cooperation. In this vein, WHO engages for example in various disease-specific collaboration projects with the pharmaceutical industry.

Despite the ubiquity of new actors at the scene of global public

(*) University of Zurich.

health, the state-centred nature of traditional international law is still inapt to adequately include non-state actors into law-making processes and to address them directly as bearers of international rights and duties: the evolution of international treaties as well as of customary international law are largely dependent on states and do, in most cases, not envisage non-state actor's participation. Hence, in order to include non-state actors as norm-creators and as bearers of international rights and responsibilities, innovative mechanisms of cooperation are required that move beyond traditional international law.

This contribution addresses the role of legally non-binding instruments (soft law) to mitigate the drawbacks of traditional international law and to facilitate the inclusion of non-state actors to international health protection, both in terms of enhanced law-making capacities and their inclusion as addressees. The latter point is particularly important with regard to the accountability and the responsibility of non-state actors. Main object of this investigation is the [WHO/UNICEF Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes](#) (hereinafter: Code of Marketing), which constitutes an important example of a legally non-binding instrument that directly addresses multinational enterprises in order to promote and enhance public health protection.

The contribution is subdivided in four parts: (I) The background of the adoption of the Code of Marketing is briefly discussed. This provides insights into the responsibilities of non-state actors for public health protection and the related tensions. (II) The drawbacks of the state-centred nature of international law will be canvassed, alongside with the potential of soft law instruments to mitigate these shortcomings. These points are illustrated with regard to the Code of Marketing. (III) The insights gained in sections (I) and (II) will be critically discussed, followed (IV) by concluding observations.

Tension Between Economic Interests and Public Health Protection: the Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes

The context of the Code of Marketing impressively illustrates that the intricate and multi-faceted nature of international health cooperation demands not only for the inclusion of states but of all relevant stakeholders in order to be effective. The debate that triggered the development of the Code of Marketing was launched in the 1970's, when the worldwide trend to replace breast-feeding by infant formula turned out to have negative effects on public health. This was attributed to the superiority of breast-feeding over infant formula nourishment: breast-milk is seen as the *gold standard* for the first six month of infant feeding, since it perfectly meets baby's nutritional needs and reduces, for example, the risk of infectious and chronic diseases.

The infant formula industry played an important role in fostering the decline of breast-feeding. Especially in developing countries,

multinational enterprises pursued aggressive marketing strategies in order to expand their market opportunities and to raise profit margins. They inter alia produced advertisements suggesting that nutrition through infant formula was superior and more progressive in comparison to the allegedly deficient breast-milk. These marketing practices were fiercely criticised when a causal relation between higher mortality rates and bottle-fed children was determined. Particularly Nestlé was in the focus of campaigns led by NGOs (with the NGO Infant Formula Action Coalition – INFACT as a prominent example) condemning the merchandising of infant formula. These campaigns culminated in wide-spread consumer boycotts of Nestlé products and in a famous report called [“The Baby Killer”](#) which criticised Nestlé for its unethical marketing practices of infant formula in developing countries.

The activities of non-governmental organisations against the marketing practices of the infant formula industry brought the issue on the agenda of WHO and UNICEF. Together with several non-state actors, the UN organs decided to develop a Code to regulate the marketing of breast-milk substitutes. After two years of controversial negotiation, the World Health Assembly adopted the [Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes](#) as a legally non-binding instrument in 1981. The Code formulates the goal to provide safe and adequate infant nutrition «by the protection and promotion of breast-feeding, and by ensuring the proper use of breast-milk substitutes, when these are necessary, on the basis of adequate information and through appropriate marketing and distribution.

The Potential of Soft Law to Include Non-State Actors

During the development of the Code of Marketing, the question of whether the Code of Marketing should be adopted as a legally binding instrument was subject to a contentious debate. The industry and some countries (especially the US) showed marked reluctance towards the adoption of a legally binding instrument, while others contended that the issue should be subject to a legally binding regulation under Article 21 WHO Constitution. This section of the contribution focuses on a special aspect of the debate, namely on whether legally non-binding instruments facilitate the inclusion of non-state actors to the process of law-making and as addressees. Firstly, it analyses the drawbacks of international treaty law with regard to the inclusion of non-state actors, alongside with the potential of soft law to alleviate these disadvantages (i). Secondly, it shows the implications of these insights with regard to the development and the content of the Code of Marketing (ii).

(i) Despite the growing importance of non-state actors, traditional mechanisms of international law are still inapt to fully include them as norm-creators and as addressees. International legal personali-

ty, i.e. the possession of international rights and duties, has traditionally been attributed to states only. Although the circle of subjects of international law was incrementally extended to other entities than states, such as for example to international organisations and – partially – to individuals, non-state actors still have no formal possibility to act as norm-creating entities. This is reflected in the sources of international law defined in Article 38 [ICJ Statute](#) in conjunction with the state-centred approach of the Vienna Treaty Convention that defines a treaty as an «international agreement concluded *between states* [emphasis added]» (see Article 2 (1) (a) [Vienna Treaty Convention](#)). It is also visible in the requirements for the formation of customary international law: the two elements *opinio juris* and state practice are entirely dependent on state actions, whereas the role of non-state actors remains marginalised.

Furthermore, traditional international law does not permit to address non-state actors directly. International law has traditionally been defined as a body of rules comprising the rights and obligations of states. This means that – with some important exceptions such as for example international criminal law – other entities than states are exempt from direct responsibilities to comply with international law.

Contrastingly, soft law instruments are neither governed by the Vienna Convention on the Law of Treaties nor covered in the narrow definition of sources of international law defined in Article 38 ICJ Statute. Therefore, they allow to move beyond the narrow definition of subjects of international law. This makes it easier to include non-state actors as negotiating parties of international norm creation and enables international law-makers to directly address non-state actors.

(ii) The theoretical propositions developed in the previous section can be applied to the Code of Marketing as one of the most famous soft law instruments issued by the World Health Organisation. Its development and the process of negotiation turned out to be highly inclusive towards non-state actors: non-governmental organisations played a crucial role during its the development. Furthermore, the infant formula industry also participated in the negotiations. The latter invoked the expectation that the participation of the industry in the development of the Code would increase its willingness to comply with the provisions set out in the instrument. The inclusion of non-state actors to the development of the Code of Marketing turned out to be advantageous, since it led to the adoption of detailed and significant provisions. Furthermore, the Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes directly addresses multinational companies. The latter point is crucial, since this specific context demanded for the direct accountability of the infant formula industry in order to be effective.

Discussion

This section critically discusses the insights gained in the sec-

tions above. It thereby also sheds light on the general weaknesses of legally non-binding instruments. One famous and frequently expressed criticism on soft law is that its voluntary character makes it redundant: since it is not legally binding, non-compliance cannot be sanctioned and the regime of state responsibility does not apply. And, to phrase it in a rhetorical question: what weight does a soft law instrument have if it cannot be enforced and if non-compliance does not have any consequences?

With regard to the Code of Marketing, this line of criticism is weakened by the fact that the instrument exerted considerable influence. The involvement of the infant formula industry in the process of Code negotiation and the possibility to address them directly has turned out to be beneficial in terms of effectiveness and compliance. For example, Nestlé committed itself to the implementation of the Code of Marketing and regularly publishes [reports](#) on its step taken to comply with the instrument. Furthermore, many provisions of the Code of Marketing were [implemented to national legislation](#).

It can also be contended that the inclusion of non-state actors through the use of soft law instruments is fostering power asymmetries. Facilitating the participation of different non-state entities at the international plane might imply the empowerment of actors that have the resources to participate in an international law-making process while neglecting all other actors. For example, multinational enterprises have more financial resources to participate in a negotiation process and to pursue constant lobbying than small and destitute non-governmental organisations.

Again, this criticism seems not to hold true in the context of the Code of Marketing: as shown above, civil society organisations and multinational enterprises were equally involved in the process of Code negotiation. Small non-governmental organisations united to the International Baby Food Action Network that became a prominent voice in the promotion of breast-feeding.

Conclusion and Outlook

This contribution has shown the significant role of non-state actors to realise effective international health cooperation. It has further discussed a fundamental drawback of traditional international law: the state-centred nature of treaty law and customary international law neglects the fundamental importance of non-state actors at the international plane. Contrastingly, soft law is outside the confines of traditional international law and it therefore facilitates the inclusion of non-state actors as law-makers and as addressees. These assumptions could be largely affirmed with the example of the WHO/UNICEF Code of Marketing of Breast-milk Substitutes: civil society as well as multinational enterprises played important roles in the negotiation process of the instrument. Furthermore, the Code of Marketing direct-

ly addressed the infant formula industry, which had beneficial effects on their compliance with the Code's provisions. Although the success of soft law instruments is largely dependent on their specific context, the example of the Code of Marketing serves as a promising guidance towards international normative processes that transcend the Westphalian state system and that are permeable to all relevant actors. Furthermore, it also shows that it is crucial to extend the circle of subjects of international law in order to ensure international accountability and responsibility of non-state actors. Hence, given the importance of non-state actors in the field of global public health, the use of soft law instruments can pave the way for successful international health cooperation.

27 maggio 2016

Emergenze sanitarie globali e diritto internazionale: l'accesso agli agenti patogeni e alle relative sequenze genetiche

SIMONE VEZZANI (*)

La diffusione di epidemie costituisce, da sempre, uno dei flagelli che segnano la storia dell'umanità. Come mostra, da ultimo, il caso del virus ebola, il progresso delle scienze mediche ha consentito di produrre vaccini capaci di immunizzare contro agenti patogeni particolarmente virulenti, così come medicinali che riducono significativamente il tasso di mortalità. In ogni caso, per contrastare efficacemente la diffusione di malattie infettive a potenziale pandemico, è necessario che i virus, o gli altri microorganismi patogeni, siano messi a disposizione in maniera tempestiva di laboratori adeguatamente attrezzati, dotati dei mezzi tecnici per isolarli e intraprendere le attività di ricerca e sviluppo preliminari alla produzione su vasta scala di vaccini e farmaci (si veda l'[Editoriale](#) del numero della rivista *Nature* dell'11 febbraio 2016, p. 129).

Nel 2007, mentre la comunità internazionale temeva una diffusione a livello planetario dell'influenza H5N1 (c.d. «influenza aviaria»), fece molto discutere la decisione dell'Indonesia, luogo di origine dell'epidemia, di non condividere i campioni biologici prelevati dai pazienti attraverso la rete di laboratori coordinati dall'OMS per il monitoraggio dei virus influenzali (network GISN, dal 2011 ridenominato GISRS). Il Governo indonesiano intendeva così denunciare l'iniquità del sistema internazionale di contrasto alle pandemie. Sottolineava in particolare come, a fronte del regime di libero accesso ai virus, le imprese farmaceutiche potessero ottenere brevetti sulle invenzioni realizzate a partire dai campioni biologici condivisi, conseguendo ingenti profitti grazie alla produzione di vaccini, kit diagnostici e farmaci antivirali, venduti a prezzi inaccessibili a gran parte della po-

(*) Università di Perugia.

polazione nei Paesi in via di sviluppo, ivi compresi quelli fornitori dei virus (sulla brevettabilità dei virus e dei vaccini influenzali v. WIPO, [Patent Issues Related to Influenza Viruses and their Genes](#), expert report (2007)). Nella c.d. “Dichiarazione di Jakarta”, il Ministro indonesiano della Salute giustificò il diniego di accesso ai virus influenzali facendo riferimento al principio di sovranità dello Stato sulle risorse genetiche del proprio territorio, quale sancito dall’art. 15 della Convenzione di Rio sulla diversità biologica (su questa rivendicazione di «viral sovereignty» v. Lawson, Hocking, “Accessing and Benefit Sharing Avian Influenza Viruses Through the World Health Organization. A CBC and TRIPS Compromise Thanks to Indonesia’s Sovereignty Claim?”, in [Pogge et. al.](#), p. 284 ss.; [Smallman](#), p. 20 ss.).

La crisi diplomatica aperta dalla Dichiarazione di Jakarta venne risolta, nel 2011, con l’approvazione da parte dell’OMS del [Pandemic Influenza Preparedness Framework for the Sharing of Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits](#) (da qui innanzi: *Framework*), avvenuta attraverso una risoluzione non vincolante dell’Assemblea mondiale della sanità, ex art. 23 della Costituzione OMS (ris. 24 maggio 2011, [WHA64.5](#), sulla quale v. Gostin e Fidler, p. 200 ss.; [Castro Bernieri](#)). Il *Framework* assicura che i virus influenzali a potenziale pandemico siano condivisi attraverso i laboratori GISRS, in modo da risultare accessibili tempestivamente alla comunità scientifica, prevedendo al contempo un meccanismo teso ad assicurare un più equo accesso a vaccini e antivirali a favore dei Paesi in via di sviluppo ([Marceau](#), p. 4 s.). L’intervento dell’OMS può essere utilmente confrontato con quello realizzato dalla FAO con l’adozione del Trattato FAO sulle risorse fitogenetiche per l’alimentazione e l’agricoltura. In entrambi i casi, l’istituto specializzato delle Nazioni Unite competente *ratione materiae* è dovuto intervenire per scongiurare una possibile “tragedia degli *anticommons*” – in conseguenza, da un lato, delle rivendicazioni sovrane sulle risorse genetiche e, dall’altro, dell’attribuzione a privati di diritti di esclusiva – che avrebbe potuto restringere drammaticamente l’accesso a risorse indispensabili per il godimento di diritti fondamentali come il diritto al cibo e il diritto alla salute.

Il *Framework* prevede che lo scambio fra i laboratori aderenti al GISRS avvenga attraverso un contratto che incorpora alcune clausole standardizzate contenute in uno *Standard Material Transfer Agreement* (SMTA1); a loro volta, per poter usufruire dei campioni, le imprese e i centri di ricerca devono concludere, con detti laboratori, un contratto redatto sulla base di un secondo modello contrattuale ([SMTA2](#). I contratti conclusi sino ad oggi sono consultabili [qui](#)). Se dunque la risoluzione che ha adottato il *Framework* non produce obblighi in capo agli Stati membri dell’OMS, le imprese e i centri di ricerca, beneficiari dei campioni biologici contenenti i virus, sono vincolati contrattualmente a trasferire all’OMS parte dei benefici della ri-

cerca, derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche incluse nel *Framework*. In un'ottica redistributiva, gli enti beneficiari devono pagare un contributo annuale al funzionamento del sistema e assumersi almeno due impegni contrattuali nell'ambito di una lista di 6 possibili opzioni, che comprendono: l'obbligo di donare all'OMS il 10% dei vaccini/antivirali prodotti; l'obbligo di vendere il 10% degli stessi ad un prezzo agevolato; la concessione, alle imprese nei Paesi in via di sviluppo oppure all'OMS, di licenze a titolo gratuito o comunque che prevedono il pagamento di *royalties* accessibili.

Rispetto ad alcune soluzioni emerse nel corso del negoziato, che chi scrive aveva avuto modo di commentare alcuni mesi prima dell'approvazione della risoluzione WHA64.5 ([Vezzani](#), p. 675 ss.), il *Framework* ha attenuato significativamente la portata degli obblighi a carico delle imprese e dei centri di ricerca beneficiari del sistema multilaterale. Nessuna limitazione è stata prevista alla possibilità per questi ultimi di conseguire diritti di proprietà intellettuale sui prodotti e i procedimenti realizzati grazie all'accesso ai materiali condivisi. Inoltre il *Framework* lascia al negoziato fra le parti contraenti dei singoli contratti la definizione di aspetti determinanti, quali la legge applicabile o le norme regolatrici degli eventuali procedimenti arbitrari. Non stupisce che, proprio in ragione di questa "flessibilità", il *Framework* sia stato oggetto di numerose critiche da parte degli studiosi maggiormente sensibili alle istanze dei Paesi poveri e alle esigenze di giustizia sanitaria globale (v. per tutti [Krishnamurthy](#)). Inoltre, problemi di funzionamento, connessi tanto al numero ridotto di contratti conclusi per il trasferimento dei materiali, quanto ai contributi effettivamente versati da imprese e centri di ricerca, sono stati messi in evidenza dallo stesso Segretariato del *Framework* ([Doc. EB138/21](#), 8 gennaio 2016). È auspicabile che tutti i correttivi necessari siano individuati nel corso del negoziato attualmente in corso, che dovrebbe portare alla revisione del *Framework* fra 2016 e 2017.

Due sono le questioni principali sui quali si stanno concentrando i lavori dell'OMS e il negoziato intergovernativo (v. sul punto [Saez 2016a](#)). Il primo profilo riguarda l'accesso alle informazioni genetiche, nonché il coordinamento del *Framework* col regime di protezione della proprietà intellettuale sulla banche dati informatiche. La seconda questione verte sulla possibile estensione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del *Framework*, in modo da ricomprendere la condivisione di altri microrganismi patogeni.

Per quanto riguarda il primo profilo, occorre sottolineare che, grazie agli sviluppi delle scienze mediche, è divenuto possibile produrre vaccini anche senza bisogno di entrare fisicamente in possesso dei campioni biologici, utilizzando cioè le informazioni ricavabili dai *database* contenenti le sequenze genetiche degli agenti patogeni. Invero, già durante la diffusione della SARS (2003), dell'H1N1 (2009) e del virus ebola in Guinea e Sierra Leone (2014), la divulgazione delle

sequenze genetiche, attraverso *database* o *forum* liberamente accessibili *online*, come [GenBank](#) o [virological.org](#), ha avuto un ruolo fondamentale per l'identificazione dei virus e la comprensione delle loro caratteristiche ([Yozwiak et al.](#), p. 477 ss.). I progressi della c.d. "biologia sintetica" (che nel 2016 hanno reso possibile la realizzazione in laboratorio del primo batterio sintetico) dovrebbero invero suscitare una riflessione di più ampia portata, con riferimento all'applicazione della stessa Convenzione di Rio sulla biodiversità e al suo Protocollo di Nagoya, nonché del già ricordato Trattato FAO (cfr. [Warthmann e Chiarolla](#)). Già nel 2013 un gruppo di lavoro di esperti era stato incaricato nell'ambito del *Framework* di fornire informazioni tecniche circa il trasferimento dei dati genetici relativi ai virus influenzali pandemici (il rapporto finale del gruppo di lavoro, del 10 ottobre 2014, è consultabile [qui](#)). La questione – assai complessa e che non può essere approfondita oltre in questa sede – è attualmente all'esame di un *Technical Working Group*, creato nell'aprile 2015, col compito di predisporre un documento sulla condivisione delle informazioni genetiche, in vista di una sua integrazione nel *Framework* (i documenti elaborati fino ad oggi sono reperibili [qui](#)).

Venendo al secondo profilo, come si è detto, l'ambito di applicazione del *Framework* è limitato ai virus influenzali pandemici (restando esclusi gli stessi virus influenzali stagionali), per ragioni contingenti legate alle circostanze che hanno portato alla sua adozione. Tuttavia, le problematiche connesse alla condivisione dei campioni biologici e alla ripartizione dei benefici si pongono con drammatica urgenza in relazione a tutti i virus e altri microrganismi pandemici. Basti pensare che, fra 2012 e 2013, una controversia analoga a quella aperta dalla Dichiarazione di Jakarta è insorta in merito alla mancata condivisione, da parte dell'Arabia Saudita, di alcuni campioni di coronavirus MERS ([Gostin](#), p. 100 ss.). Più recentemente, il problema di un contemperamento fra le esigenze della sicurezza sanitaria globale e le rivendicazioni degli Stati di origine delle risorse genetiche si è posto con riferimento all'epidemia di zika che ha colpito l'America Latina ([Saez 2016b](#)). In assenza di una specifica normativa internazionale in materia, è incerto se i microrganismi dannosi per l'uomo rientrano nel campo di applicazione di un trattato che, come la Convenzione di Rio, ha come oggetto e scopo la conservazione e l'uso sostenibile della biodiversità (cfr. Vezzani, op. cit., p. 678 s.; [Abbott](#), p. 11; al contrario, è pacifico che la Convenzione disciplini l'accesso ai microrganismi che presentano un'utilità ai fini dell'alimentazione o dell'agricoltura: [Halewood](#), p. 404 ss.). Gli Stati contraenti non hanno preso sul punto una posizione chiara nell'ambito delle COP, le cui decisioni sarebbero certamente idonee ad integrare un «subsequent agreement» o una «subsequent practice» ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. *a*) e *b*), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (si confrontino i primi due rapporti presentati alla Commissione del diritto

internazionale dal Relatore Speciale Nolte, [Doc. A/CN.4/660](#) e [Doc. A/CN.4/671](#)). Nel corso del negoziato del Protocollo di Nagoya erano state invero avanzate alcune proposte, volte ad includere espressamente gli agenti patogeni umani nell'ambito di applicazione del Protocollo (Abbott, op. cit., p. 14 ss.). Alla fine, tuttavia, è stata adottata una soluzione di compromesso che lascia sostanzialmente irrisolta la questione, rinviando, all'art. 3, alla nozione di «risorse genetiche» accolta dalla Convenzione di Rio. Non pare decisivo il fatto che il Preambolo del Protocollo (punto 17) menzioni la necessità di assicurare l'accesso ai patogeni umani, né che l'art. 8, lett. b), enunci in termini vaghi l'obbligo per gli Stati di prendere in considerazione l'esigenza di un rapido accesso alle (non meglio specificate) risorse genetiche, in caso di minacce urgenti alla salute umana, congiuntamente all'esigenza di garantire un'equa ripartizione dei benefici e un adeguato accesso ai farmaci (su queste disposizioni del Protocollo v. Wilke, "[A Healthy Look at the Nagoya Protocol – Implications for Global Health Governance](#)", in [Morgera et al. 2012](#), p. 123 ss.; [Morgera et al. 2014](#), p. 102 s. e p. 185 ss.). Indicazioni discordanti provengono anche dalle legislazioni adottate dagli Stati contraenti e dall'UE per attuare la Convenzione di Rio e il suo Protocollo, nonché dalle dichiarazioni di alcuni Stati ed alti funzionari dell'OMS. Non sorprende quindi come, in una dichiarazione congiunta, i ministri della salute degli Stati industrializzati aderenti alla *Global Health Security Initiative* abbiano recentemente auspicato un chiarimento a livello internazionale del rapporto intercorrente fra Protocollo di Nagoya e accesso ai virus patogeni umani ([dichiarazione congiunta](#) 26 febbraio 2016, punto 11).

Anche ammettendo che la prassi degli Stati si stia orientando nel senso del riconoscimento della sovranità sui patogeni umani (ivi compresi i virus), resta evidente l'urgenza di porre in essere un regime più specifico rispetto a quello applicabile alla generalità delle risorse genetiche, preferibilmente gestito dall'OMS. Vero è che il "regime di Rio" prende in considerazione esigenze connesse alla ripartizione equa dei benefici; ugualmente la tutela della sicurezza sanitaria globale potrebbe trovare una tutela attraverso l'art. 15, par. 2, della Convenzione, il quale pone un divieto di abuso di diritto, vietando agli Stati di restringere in maniera irragionevole l'accesso alle risorse genetiche. Tuttavia, soltanto un regime multilaterale *ad hoc* è idoneo ad assicurare la tempestività della condivisione dei campioni biologici e una ripartizione dei benefici che superi una logica meramente bilaterale, per perseguire una solidarietà a livello globale, anche a vantaggio di Paesi diversi da quelli di origine dei campioni utilizzati per produrre i vaccini.

In attesa dell'adozione di un regime internazionale sull'accesso ai microrganismi pandemici, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite potrebbe avere un ruolo importante nel raggiungimento degli obiettivi di cui sopra (v. anche [Moon et al.](#), dove si auspica la creazio-

ne, nell'ambito del Consiglio di Sicurezza, di un Global Health Committee). Come è noto, negli anni 2000 l'organo delle Nazioni Unite ha rivolto a più riprese la propria attenzione alla diffusione di pandemie capaci di mettere in ginocchio l'economia di interi Paesi e di provocare gravi tensioni sociali e politiche. In particolare, dopo aver dedicato nel 2000 una sessione speciale all'HIV, ha adottato due risoluzioni in merito a questa temibile malattia infettiva (risoluzioni n. [1308](#) (2000) e [1983](#) (2011); su tale prassi v. [Poli](#)). Ma soprattutto, con la risoluzione n. [2177](#) (2014), ha definito la diffusione di una pandemia, l'ebola, come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale *ex art.* 39 della Carta di San Francisco (ivi). Questa «“securization” of public health» ([Burci e Quirin](#)) si pone in continuità con la tendenza, inaugurata all'inizio degli anni '90, a interpretare in maniera sempre più estensiva la nozione di minaccia alla pace. Tuttavia, ad oggi, non sono state utilizzate le potenzialità che, ai fini del contrasto alle pandemie, possono essere dispiegate dal Capitolo VII della Carta. Nel caso della risoluzione n. 2177, è incerto se alcune delle raccomandazioni rivolte agli Stati potessero essere qualificate come misure provvisorie alla stregua dell'art. 40 (sul punto v. [Poli](#), *op. cit.*). Certo è che il Consiglio di sicurezza non adottò nessuna misura coercitiva ai sensi degli art. 41 o 42 della Carta. A questo proposito è stato anzi osservato che «enforcement action in this case cannot be directed against particular “targets”, and the practical value of enforcement actions squarely placed under Chapter VII seems questionable». In effetti, il Consiglio di sicurezza si limitò a incoraggiare l'intensificazione degli sforzi della comunità internazionale e del settore privato, compresi quelli tesi allo sviluppo di vaccini e farmaci, nonché allo «sharing of data in accordant with applicable law» (ris. N. 2177 (2014), punto 12).

L'adozione di misure sanzionatorie ai sensi dell'art. 41 della Carta sarebbe viceversa prospettabile qualora uno Stato contribuisse al diffondersi di una pandemia, negando l'accesso ai microorganismi patogeni e alle relative informazioni genetiche. Si tratta – come mostra il caso indonesiano – di uno scenario che non è possibile escludere *a priori*.

Per altro verso, il Consiglio di sicurezza potrebbe avere un ruolo incisivo anche nei casi cui l'aggravarsi di una pandemia fosse dovuto all'inerzia degli Stati industrializzati, dotati dei mezzi necessari per la produzione di vaccini e farmaci e per la loro distribuzione alle popolazioni colpite. Evidenti ragioni di ordine politico rendono a dir poco improbabile l'adozione di sanzioni a carico degli Stati in siffatte circostanze. È possibile peraltro immaginare una soluzione alternativa. In linea con la prassi delle c.d. “smart sanctions”, il Consiglio di sicurezza ben potrebbe sanzionare *ex art.* 41 della Carta le singole imprese farmaceutiche, titolari di brevetti, che non assecondino gli sforzi della comunità internazionale e si avvalgano abusivamente dei propri diritti di esclusiva, in modo da impedire la produzione, su scala sufficiente e

a prezzi ragionevoli, dei vaccini e dei farmaci necessari per contrastare efficacemente una pandemia che minacci la sicurezza internazionale. La prassi del Consiglio di sicurezza non è certo nuova all'adozione di misure restrittive del diritto di proprietà di persone fisiche e giuridiche. In un'ottica analoga a quella che ha ispirato il *Framework* dell'OMS, e in assenza di un sistema multilaterale idoneo a contemperare in maniera accettabile tutti gli interessi e i valori in gioco, un intervento caso per caso del Consiglio di sicurezza – che vincoli gli Stati a limitare i diritti di proprietà intellettuale, onde assicurarne la funzione sociale – sarebbe certamente giustificato ed auspicabile.

27 maggio 2016

5

Il caso Regeni

| | |
|-------------------|---|
| URSULA LINDSEY | Factual Insight on the Murder of Giulio Regeni |
| LUCA PASQUET | L'Italia, l'Egitto, e il "diritto alla verità": alcune considerazioni sul caso Regeni |
| GABRIELLA CARELLA | In morte di Giulio Regeni |
| GABRIELLA CITRONI | Short-term Enforced Disappearances as a Tool for Repression |

A Factual Insight on the Murder of Giulio Regeni

URSULA LINDSEY (*)

We still don't know what happened to Giulio Regeni, the 28-year-old graduate student whose battered corpse was found on the side of the road in Cairo. Anonymous eyewitnesses (and a few security officials) have told [international media outlets](#) that plain-clothes police took Giulio Regeni into custody on the evening of January 25. The Egyptian Ministry of Interior has denied this. There has been a strong suspicion, from the start, that Egypt's security services kidnapped, tortured and, probably accidentally, killed Regeni – especially given the timing of his disappearance (on a day when the authorities were on high alert to prevent any commemoration of the uprising against Hosni Mubarak five years ago, and were conducting raids, arrests and interrogations) and the kind of abuse he suffered.

The question in the Regeni case is whether the Egyptian police would dare do to a foreigner what it does on a systematic basis to Egyptians. As local and international human rights groups have documented, extra-judicial disappearances have become [a common practice](#) in Egypt in the two years since the army ousted Islamist president Mohamed Morsi. The police snatches people from the street or their homes, and interrogates and tortures them while holding them in secret. Their families and friends are unable to ascertain their whereabouts. This is called, in Egyptian Arabic, putting someone «[behind the sun](#)». Then, weeks or months later, if they are not killed in custody, the disappeared resurface, having often confessed to terrorism charges. In 2015, the country's National Council for Human Rights (NCHR) received around 200 complaints about forced disappearances.

The uprising against Hosni Mubarak in 2011 began as a protest against police brutality scheduled for National Police Day. Protesters systematically attacked and destroyed police stations across the country. But the Egyptian security services today act with more brutality

(*) The Arabist.

and more impunity than ever before, arguing that the country's war on terrorism demands exceptional measures. And now they are joined by the military, which conducts its own arrests and interrogations and operates its own secret prisons.

In a police station in Matareya, a lower-income Cairo suburb, 14 people have died in custody in the [last two years](#). Last week, a policeman convicted of killing activist Shaimaa el-Sabbagh – who in January 2015 had gone to lay a wreath in Tahrir Square in honor of dead protesters and whose own death was caught on camera – successfully appealed his verdict. His defense lawyer reportedly argued that the officer should be excused due to «extraordinary circumstances», and that if the police had intended to kill protesters that day, they would have shot [many more](#).

There remains no accountability for the hundreds of protesters killed during the uprising against Mubarak in 2011 and in clashes with the police and the army that followed; nor for the at least one thousand supporters of deposed Islamist president Mohamed Morsi who were shot dead by security forces clearing a sit-in at the Rabaa El Adawiya Square in the summer of 2013.

For the last two years, the Egyptian government and the media (which it controls or intimidates) have fomented new levels of paranoia and xenophobia, painting all foreigners, journalists and researchers as potential “spies”. They blamed the uprising against Mubarak on Western meddling and passed laws to criminalize NGOs and cultural centers receiving funds from abroad. They created an atmosphere in which any request for information was suspicious and any expression of dissent treasonous.

Labour unions – the focus of Regeni's scholarship and journalism – are one of the many arenas that the regime is trying to shut down. It is doing the same with the media, universities, human rights groups and cultural institutions.

Beleaguered Egyptian activists, who have suffered so much, were nonetheless moved and outraged by Regeni's murder. As the Egyptian novelist Ahdaf Soueif – whose own nephew and nieces, leaders of youth protest movements, have been jailed by Sisi – [wrote on her Facebook page](#): «Hundreds of our young people are missing, bodies are turning up of young men shot while handcuffed, yet there is something so extra sad about a person who comes to Egypt in good faith to live and study and gets caught in this nightmare, this obtuse and brutal thuggery that's the undertone of our lives here today. Giulio Regeni, so many of us are weeping for you. May you be at peace and may your family find solace».

Some Egyptian activists also probably realize that a foreign victim is their best chance of attracting international attention to the dire human rights situation in the country, one in which pervasive, frequent and egregious violations have become normalized.

This is public knowledge, though. The shock of Italian officials, following the discovery of Regeni's body, rings hollow. Isabel Esterman is a journalist at one of Egypt's few independent media outlets, the bilingual online news site Mada Masr. «Italian Prime Minister Matteo Renzi hailed Sisi as 'a great leader' who can 'save' Egypt, and joined the Italian president in welcoming him in Rome», [she writes](#). «Italy is one of Egypt's most important trading partners, with annual bilateral trade at around US\$6 billion and rising. Among other things, between 2011 and 2013, Italy sold Egypt more than half a billion euros worth of guns and bullets. Even as Giulio's battered corpse was lying anonymously somewhere in the city, a trade delegation led by Italian officials was rubbing shoulders with the Cairo elite – a visit that was terminated only when news of Giulio's death went public. Italian officials want their gas deals and their anti-terror coalition, and they have always known what the price is. They just expected that somebody else – somebody else's children – would be the ones to pay for it».

The Egyptian film-maker, writer and activist Omar Robert Hamilton has also [argued](#) that: «When Italy sends annual trade delegations, when its Prime Minister stands up at an Egyptian economic conference and [says](#), 'Your war is our war, and your stability is our stability', it only means one thing. Do whatever you need to do to stay in power, to keep Egypt's "competitive advantage" for capital exploitation alive».

Unfortunately, we may very well never learn how Giulio Regeni was killed. Egypt's authorities are in complete denial about their country's human rights record. When a tragedy occurs – such as Regeni's murder, or the planting of a bomb on a Russian passenger flight leaving the Sinai Peninsula – officials deny that Egypt has any responsibility and invoke conspiracies by unnamed elements to destabilize their country. They cannot be trusted to carry out a transparent and reliable investigation nor to hold their security services, if they are responsible, accountable.

25 febbraio 2016

L'Italia, l'Egitto, e il “diritto alla verità”: alcune considerazioni sul caso Regeni

LUCA PASQUET (*)

Sappiamo poco delle circostanze che hanno portato alla morte di Giulio Regeni. Ma gli elementi resi noti dalla stampa – la sua sparizione, ed il ritrovamento del corpo che riporta tracce evidenti di [tortura](#) – fanno sorgere alcuni sospetti rispetto alle responsabilità delle autorità egiziane. Come osservato da diversi commentatori, il caso del ricercatore italiano ricorda molto da vicino quelli di centinaia di egiziani rapiti, torturati ed assassinati negli ultimi due anni per essersi opposti in vario modo al regime del generale Al-Sisi (si vedano a tal proposito, il [commento](#) di Ursula Linsey su *SIDIBlog* e l'[articolo](#) di Fahim, Youssef e Walsh sul *New York Times*). Circostanza che fa sorgere dubbi legittimi sulla natura del brutale assassinio in questione: si tratta davvero di un crimine isolato, o è piuttosto un atto che s'inserisce in un preciso disegno di intimidazione e sistematica eliminazione del dissenso?

A tal riguardo va detto che, per quanto riguarda l'Egitto, il ricorso generalizzato al rapimento e alla tortura come strumenti di repressione politica è confermato da numerosi documenti di istituzioni internazionali ed ONG. Solo per citarne alcuni, nel [2014](#) e nel [2015](#), con due risoluzioni, la Commissione africana dei diritti umani condannava gli arresti arbitrari, gli atti di tortura, gli stupri, e le esecuzioni arbitrarie subite da giornalisti, difensori dei diritti umani ed oppositori politici nel Paese. Nei rapporti relativi allo stesso periodo, il Gruppo di lavoro dell'ONU sulle sparizioni forzate esprimeva preoccupazione per il deterioramento della situazione dei diritti umani e l'alto numero di sparizioni denunciate ([Rapporto 2014, UN Doc. A/HRC/27/49](#), par. 74) che venivano analizzate come «a recent pattern of short-term disappearances» ([Rapporto 2015, UN Doc. A/HRC/30/38](#), par 67; si veda anche il riepilogo delle [comunicazioni prese in considerazione nel](#)

(*) Graduate Institute of International and Development Studies.

[settembre 2015](#), UN Doc. A/HRC/WGEID/107/1, par. 36-47). La maggior parte dei casi analizzati riguarda persone prelevate da agenti delle forze di sicurezza egiziane di cui non si è più avuta notizia (*ibid.*). Tutte queste circostanze vengono confermate a livello generale da [Amnesty International](#), [Human Rights Watch](#) e la [Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme](#).

È appena il caso di ricordare che la tortura e la privazione arbitraria della libertà e della vita di una persona sono pratiche inescusabili proibite da norme internazionali inderogabili che potrebbero aver acquisito lo status di jus cogens (con particolare riferimento alla tortura, si vedano le sentenze [Furundija, Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia](#) (Trial Chamber), 1998, par. 164 e pp. 58 ss.; [Al-Adsani, Corte europea dei diritti umani](#), 2001, par. 60; [Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite](#) (Belgium v. Senegal), Corte Internazionale di Giustizia, 2012, par. 99). Tali atti implicano la responsabilità internazionale dello Stato non solo quando posti in essere da un organo dello Stato, ma anche qualora lo Stato abbia omesso di prendere quelle misure, previste da specifici obblighi positivi, necessarie a prevenirne e reprimerne la commissione, nonché a permettere alle vittime di ottenere il risarcimento per i danni subiti.

Particolarmente rilevante, in questo senso, è l'obbligo procedurale d'attivare tempestivamente un'inchiesta effettiva. A titolo esemplificativo, l'art. 12 della [Convenzione contro la tortura](#) (di cui l'Egitto è parte) prevede che «ogni Stato Parte provvede affinché le autorità competenti procedano immediatamente ad un'inchiesta imparziale ogniqualvolta vi siano ragionevoli motivi di credere che un atto di tortura sia stato commesso in un territorio sotto la sua giurisdizione». Peraltro, in una decisione del 2011 riguardante proprio l'Egitto, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e del Comitato per i diritti umani dell'ONU, la Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli ha specificato che «an impartial investigation should involve a thorough or scrupulous procedure which leads to results that identify the perpetrators and punishes those responsible for the ill-treatment and other violations alleged» (decisione [Egyptian Initiative for Personal Rights](#), par. 230). Simili obblighi procedurali si applicano in caso di sparizioni forzate e di omicidio (si veda in particolare la decisione [Mujkanovic v. Bosnia and Herzegovina](#), Corte europea dei diritti umani, 2014, par. 37, la quale sottolinea come il ritrovamento del corpo senza vita di una persona scomparsa non ponga fine al suddetto obbligo: «an obligation to account for the disappearance and death, and to identify and prosecute any perpetrator of unlawful acts in that connection, will generally remain»).

Quest'obbligo va inoltre letto alla luce del concetto di “diritto alla verità” (si veda Office of the UN High Commissioner for Human Rights, Study on the Right to the Truth', UN Doc. E/CN.4/2006/91,

2006), cui viene fatto riferimento in un crescente numero di casi per descrivere una serie di aspettative giuridicamente tutelate in capo alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani, ai loro parenti e, in una certa misura, anche al pubblico, o alla società in generale (*ibid.* par. 35-47). Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, per esempio, quest'ultima ha diritto di "sapere cos'è accaduto" per poter confidare nello Stato, ma anche per prevenire «the appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts» (sentenza *El-Masri*, Corte europea dei diritti umani, 2012, par. 191).

A fronte di tali principi, la formula "[verità per Giulio Regeni](#)" appare come qualcosa di più di un semplice slogan. L'Egitto ha infatti l'obbligo giuridico di prendere misure effettive per fare chiarezza sul caso del ricercatore italiano, e per perseguire i responsabili del suo assassinio. Silenzi, opacità, volontà di nascondere eventuali responsabilità individuali sono elementi che hanno un peso nella valutazione della responsabilità internazionale dello Stato.

A tal riguardo, se è forse troppo presto per valutare l'effettività dell'inchiesta aperta dalle autorità egiziane, vi sono però alcuni elementi che non permettono di essere ottimisti. Per iniziare, molte fonti mettono in luce la mancanza d'indipendenza del potere giudiziario egiziano e la conseguente impunità accordata ai componenti delle forze di sicurezza che fanno capo al regime militare (si veda la Risoluzione 287/2014 della Commissione africana per i diritti umani e dei popoli, cit., che «calls on the authorities to investigate and prosecute the perpetrators of human rights violations in order to end the culture of impunity in the country»; si veda anche la [raccolta di informazioni](#) sull'Egitto preparata dall'Alto Commissario per i diritti umani in vista della Universal Periodic Review del 2014, A/HRC/WG.6/20/EGY/2, par. 32-37). Inoltre il governo egiziano ha fin qui dimostrato scarsa volontà di collaborare con l'ONU e la Commissione africana dei diritti umani e dei popoli nel monitoraggio della situazione dei diritti umani nel Paese (l'ultimo rapporto periodico presentato al [Comitato contro la tortura risale al 2001, quello inviato al Comitato sui diritti umani al 2002](#); sul fronte della Convenzione africana sui diritti umani [mancano gli ultimi sei rapporti](#)). Si consideri soprattutto come, in relazione a molti dei casi analizzati dal Gruppo di lavoro dell'ONU sulle sparizioni forzate negli ultimi due anni, l'Egitto abbia ommesso di fornire le spiegazioni richieste (si vedano i Rapporti 2014 e 2015, sopra citati). Peraltro, il Gruppo di lavoro reitera dal 2011 la richiesta di visitare l'Egitto; richiesta che, puntualmente, rimane senza risposta (si veda il rapporto del 2015, cit., par. 68). Perché nel caso Regeni l'atteggiamento dovrebbe essere differente?

L'Egitto non è però l'unico Paese a doversi attivare. L'Italia non può limitarsi a guardare, sperando che il pubblico perda interesse rispetto al caso Regeni. Il ricercatore assassinato era un cittadino italiano, e i suoi genitori, che hanno diritto – in senso giuridico - di cono-

scere la verità sulla scomparsa del figlio, rientrano nella giurisdizione dello Stato italiano. Inoltre, la richiesta di una parte della società italiana di far luce sulla vicenda va esattamente nella direzione indicata dalla Corte europea dei diritti umani (*El-Masri*, cit.) di sapere cos'è accaduto per potersi ancora fidare dello Stato - quello italiano prima ancora di quello egiziano. Il principio della verità come antidoto contro la collusione e la tolleranza di atti contrari ai diritti fondamentali (*ibid.*) può e dev'essere applicato alle relazioni internazionali. In fondo, collusione ed omertà non restano confinati entro le frontiere nazionali. Peraltro, uno strumento come la Convenzione contro la tortura, che dà ampio spazio alla collaborazione giudiziaria tra Stati, e prevede un ruolo attivo tanto per lo Stato sul cui territorio l'atto di tortura è stato commesso quanto per lo Stato di cittadinanza della vittima e per quello sul cui territorio si trovi la persona sospettata di aver commesso l'atto in questione, sembrano indicare una strategia corale, una collaborazione internazionale per la repressione della tortura.

Certo, com'è doveroso, la Procura di Roma ha aperto un'indagine. Tuttavia, il Governo italiano non può ignorare il particolare contesto egiziano – il ricorso massiccio alla tortura da parte delle forze di sicurezza (e quindi dello stesso Stato con cui si collabora) e la mancanza d'indipendenza della magistratura egiziana – agendo come se si trattasse di un caso suscettibile d'essere chiarito per mezzo della sola collaborazione giudiziaria tra i due paesi. Se l'Italia non ha accesso diretto alle informazioni e alle prove necessarie a chiarire la vicenda, ci si aspetta che essa pretenda – e non si limiti ad auspicare – che luce sia fatta sui crimini in questione, e che eserciti ogni mezzo legittimo per fare pressione sul governo egiziano in questo senso. Inoltre, vista l'eccezionalità della situazione e la gravità dei crimini, è auspicabile che si ricorra a mezzi straordinari, pur nel rispetto del diritto internazionale.

In questo senso, su [AffarInternazionali](#), Natalino Ronzitti sottolinea la possibilità di far approvare dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU una risoluzione che preveda la costituzione di una [commissione d'inchiesta](#) sulla tortura in Egitto. Lo stesso Ronzitti evidenzia tuttavia i due maggiori limiti di una tale soluzione. In primo luogo, queste commissioni non si occupano di solito di un unico caso, ma di situazioni di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani su un determinato territorio (quelle in corso riguardano la situazione generale dei diritti umani in Siria, Libia ed Eritrea). Inoltre, l'istituzione di una commissione d'inchiesta dipenderebbe dal voto favorevole della maggioranza dei membri del Consiglio.

Come suggerito da Pasquale De Sena nello spazio virtuale del suo [profilo pubblico di Facebook](#) il 18 febbraio 2016, uno strumento da prendere in considerazione potrebbe essere l'arbitrato previsto dall'art. 30 della Convenzione contro la tortura. Quest'ultimo prevede che «qualsiasi controversia tra due o più Stati Parte inerente

all'interpretazione o all'applicazione della presente Convenzione, non risolvibile tramite negoziato, è sottoposta ad arbitrato a richiesta di uno di questi Stati. Qualora, nei sei mesi seguenti alla data della richiesta di arbitrato, le parti non siano giunte ad un accordo sull'organizzazione dell'arbitrato, ciascuna di esse può sottoporre la controversia alla Corte internazionale di giustizia tramite deposito di una domanda conforme allo Statuto della Corte». [L'Egitto non ha apposto alcuna riserva concernente l'articolo in questione](#). L'Italia potrebbe quindi ricorrere a tale strumento per chiedere ad un giudice terzo ed imparziale di accertare la responsabilità dell'Egitto per la violazione della Convenzione contro la tortura, e far dichiarare l'obbligo dello Stato egiziano a risarcire i familiari di Giulio Regeni. Il testo dell'articolo 30 sembra tuttavia suggerire che un negoziato debba essere instaurato prima di poter richiedere l'arbitrato, o, in alternativa, che si provi in modo convincente che la controversia non può essere risolta tramite negoziato. Comunque si voglia interpretare la clausola in questione, a monte è necessario che l'Italia ammetta l'esistenza di una controversia con l'Egitto ove quest'ultimo non adempia all'obbligo sancito dall'articolo 12 della Convenzione sulla tortura.

La condizione fondamentale per un'azione efficace da parte dell'Italia è infatti la volontà politica di sollevare la questione della responsabilità internazionale dell'Egitto per la morte di Giulio Regeni. Una volontà che ancora non è stata manifestata. A voler esser cinici, si potrebbe pensare che la ragione della timidezza italiana vada individuata negli ingenti scambi commerciali con l'Egitto (si vedano a questo proposito il commento di Ursula Lindsey su *SIDIBlog* e quello di Giovanni De Mauro su [Internazionale](#)). Certo, a ben vedere tali relazioni economiche potrebbero anche costituire uno strumento per far pressione sull'Egitto, ma solo a patto di avere la lungimiranza ed il coraggio di rischiare i proventi di alcuni investimenti per un obiettivo che non sia di ordine economico. Per ora, invece, l'attitudine italiana verso il regime egiziano sembra riflettere l'atteggiamento incongruente delle élites occidentali verso il Medio Oriente: da una parte tolleranti verso le peggiori violazioni dei diritti umani in nome di una visione cinica del concetto di "stabilità" e per tutelare gli investimenti nazionali nella regione (interessante, a tal proposito, la parte finale del rapporto di HRW sull'Egitto, cit.), oppure, all'estremo opposto, difensori della 'democrazia' a suon di bombe. Due soluzioni che, senza dubbio, hanno fatto crescere l'instabilità nella regione. L'alternativa sarebbe quella di porsi come interlocutori forti e coerenti, capaci di difendere anche principi ed interessi diversi da quelli economici, nel rispetto del diritto internazionale. Se teniamo presente che molte delle rivolte scoppiate nel contesto delle cosiddette primavere arabe (e la rivoluzione egiziana tra queste, come ricorda Lindsey su *SIDIBlog*) sono state almeno in parte una reazione alla brutalità dei regimi della regione, allora una politica coerente di rafforzamento dei diritti umani po-

trebbe aumentare il livello di stabilità politica dell'area, con chiari vantaggi per tutti, a cominciare dall'Italia.

Per finire, riguardo ai rimedi disponibili per i famigliari di Regeni, mi sembra vada ricordato quanto notato da Ronzitti su *AffarInternazionali* (cit.) a proposito della possibilità di adire le corti italiane per chiedere la condanna dell'Egitto al risarcimento dei danni causati. Ricorda giustamente Ronzitti che in seguito alla giurisprudenza *Ferri* della Corte di Cassazione, ma soprattutto dopo la sentenza [238/2014](#) della Consulta, l'immunità dello Stato straniero non sembra più poter essere invocata con successo in casi riguardanti crimini internazionali o gravi violazioni dei diritti umani. Se ciò è condivisibile in termini generali, è tuttavia lecito porsi alcune domande sui problemi che il ricorso ad un'azione di risarcimento porrebbe nel caso Regeni. Prima di tutto, la giurisprudenza citata sembra ammettere un'eccezione rispetto alla regola dell'immunità dello Stato unicamente in quei casi in cui le vittime di gravi violazioni dei diritti umani non abbiano accesso ad un ricorso alternativo. Questo implica che ogni pronunciamento sulla giurisdizione del giudice italiano richiederà una valutazione degli eventuali ricorsi disponibili in Egitto (sono concretamente accessibili? Sono effettivi?). Inoltre, sarà probabilmente molto difficile raccogliere gli elementi probatori necessari a sostenere la richiesta risarcitoria, se è vero che, ad oggi, il maggior problema è proprio quello di stabilire cosa sia avvenuto nelle ore precedenti al ritrovamento del corpo senza vita di Giulio Regeni. Questi sono naturalmente solo alcuni dei nodi da sciogliere prima di stabilire se la soluzione in questione sia effettivamente praticabile. Tra le altre cose, bisognerà per esempio valutare attentamente la questione del titolo fondante la giurisdizione del giudice italiano, così come quella del diritto applicabile. Tali complesse questioni meritano tuttavia di essere più ampiamente elaborate e discusse, anche in un futuro commento, da un autore più competente del sottoscritto.

Va comunque detto che non sembrano esistere molte altre strade aperte ai parenti della vittima. L'Egitto non accetta la competenza del Comitato sui diritti umani e del Comitato contro la Tortura dell'ONU a ricevere comunicazioni individuali, né la giurisdizione della Corte africana dei diritti umani e dei popoli. La carta africana prevede, all'art. 55(2) che la Commissione possa ricevere comunicazioni provenienti da individui e organizzazioni non governative che denuncino la violazione della Carta. Tuttavia, stando alla giurisprudenza della Commissione, tale procedura avrebbe il mero fine di instaurare «a positive dialogue, resulting in amicable resolution between the complainant and the State concerned, which remedies the prejudice complained of» (decisione [Free Legal Assistance Group and Others](#), 1995, par. 39). Anche il Consiglio per i diritti umani dell'ONU riceve comunicazioni individuali «[with a view to enhance cooperation with the State concerned](#)». Tali procedure potrebbero forse aumentare la pres-

sione internazionale sull'Egitto, ma va detto che, come notato in precedenza, quest'ultimo ha fin qui dimostrato di non essere particolarmente interessato a collaborare con le istituzioni internazionali per la protezione dei diritti umani.

Anche a fronte di queste difficoltà, è quantomai opportuno che il governo italiano si attivi nei confronti dell'Egitto, pretendendo che questo faccia piena luce sulla vicenda, persegua i responsabili dell'omicidio di Giulio Regeni e provveda al risarcimento dei familiari della vittima.

25 febbraio 2016

In morte di Giulio Regeni

GABRIELLA CARELLA (*)

Il ritrovamento del corpo martoriato del giovane ricercatore italiano Giulio Regeni non poteva non suscitare una prorompente domanda di verità e giustizia a tutti i livelli. Talune misure adottabili *de iure condito* per soddisfare tale esigenza, morale oltre che giuridica, sono state individuate opportunamente - anche nei loro risvolti problematici - nel [post di Luca Pasquet](#) e non sarebbe utile ritornare sull'argomento. Mia intenzione è invece rimarcare le misure *de iure condendo* che sono implicate dal caso Regeni come impellente necessità.

La prima scaturisce dalla notizia che la Procura di Roma sta indagando sulla vicenda. Non è noto quale sia l'ipotesi di reato formulata, ma una certezza c'è: sicuramente non si tratta di indagine per tortura perché nel nostro ordinamento questa figura di crimine internazionale contro l'umanità tuttora non costituisce reato.

Qualora l'indagine fosse coronata da insperato successo e si riuscisse ad individuare e rinviare a giudizio i responsabili dell'ipotetico atto di tortura, essi non potrebbero essere giudicati e condannati per l'efferato crimine posto in essere, ma per qualche altro reato che, per quanto grave, costituirebbe una mistificazione della realtà e non darebbe voce alla domanda di verità. Perché questa sia soddisfatta, quindi, sarebbe necessario che il Parlamento approvi finalmente l'introduzione del reato di tortura nel codice penale.

L'impresa si è rivelata nel tempo inaspettatamente ardua, al punto da poter essere paragonata solo - ci si perdoni l'accostamento ardito, ma efficace - al completamento dell'autostrada Salerno-Reggio Calabria. A spingere per un superamento della originaria lacuna del nostro codice penale - inquadrabile nel contesto storico-culturale della sua adozione - non sono bastate né la Costituzione, né la partecipazione alle numerose convenzioni internazionali sui diritti umani che vietano la tortura, né, infine, la ratifica, nel lontano 1989, della [Convenzione contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli disumani e degradanti](#), adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1984, la quale, oltre a vietare la tortura, pone agli Stati parti un

(*) Università degli studi Aldo Moro - Bari.

preciso obbligo di incriminarla e di reprimerne la realizzazione. Nel tempo, agli obblighi normativi si sono aggiunti gli inviti reiterati, e poi le condanne, degli organi preposti al controllo dell'attuazione delle predette convenzioni internazionali. Si tratta di una serie continua di reprimende succedutesi regolarmente e puntualmente negli anni, a partire dalle [osservazioni del 3 agosto 1994 del Comitato dei diritti dell'uomo](#) – preposto all'osservanza del Patto sui diritti civili e politici del 1966 – (par. XV) e da [quelle del 1° gennaio 1995 del Comitato contro la tortura \(CAT\)](#) – istituito a garanzia della predetta Convenzione ONU contro la tortura – (par. 157), fino ai richiami vigorosi nel [rapporto del 2012 del Comitato di prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa \(CPT\)](#) (par. 6) e, per finire, alla condanna della Corte europea dei diritti umani (CEDU) nella [sentenza del 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11, nel caso Cestaro c. Italia \(parr. 245 s.\)](#).

L'elenco puntuale, anno per anno, di tali reprimende sarebbe troppo lungo: può rinviarsi, per una adeguata sintesi, ai paragrafi 112-121 della predetta decisione CEDU nel caso *Cestaro* o alla consultazione dei *database* relativi ai rapporti sia del [CAT](#) che del [CPT](#).

Per vero, iniziative legislative volte a colmare la lacuna sono state intraprese puntualmente già nel [1989](#) e poi ripetutamente reiterate, ma, disgraziatamente, i vari disegni di legge non sono mai riusciti a completare il loro *iter*: la loro funzione ed utilità esclusiva, finora, è stata quella di offrire al nostro governo un argomento per sottrarsi alle reprimende internazionali, dimostrando che esse dovevano considerarsi superate perché l'ordinamento italiano ... era in procinto di adeguarsi a quanto richiesto!

In ogni caso, quello indicato non è stato l'unico argomento invocato dal governo dinanzi agli organi internazionali; ad esso se ne sono aggiunti altri, con la preoccupante uniformità di un "copia-e-incolla". In particolare, i nostri rappresentanti – a partire dalla [risposta del 1994 alle osservazioni del CAT](#), par. 5, fino alla [risposta del 2013 alle osservazioni del CPT](#) e alla difesa nel caso *Cestaro*, par. 198 – hanno sempre sostenuto che, sebbene non formalmente incriminati, i fatti di tortura siano comunque adeguatamente perseguibili e punibili nel nostro ordinamento, grazie alla presenza di una pluralità di norme utilizzabili a tal fine. Viene elaborata, cioè, l'inedita figura del "reato *puzzle*" o "*à la carte*", ricostruibile attraverso il ricorso ad una decina di disposizioni che possono essere variamente assortite tra loro (artt. 575, 581, 582, 583, 605, 606, 610, 612 c.p. cui va aggiunto, per le aggravanti, l'art. 61 c.p., nonché artt. 64, par. 2, e 188, par. 6, c.p.p.). La prassi giudiziaria, però, ha dimostrato che tale variegata griglia normativa è come un letto di Procuste nel quale i fatti di tortura stanno troppo stretti e che la intensità repressiva è inversamente proporzionale al numero di disposizioni utilizzabili. Difatti, la tenuità delle pene previste per la maggior parte dei reati richiamati e la loro natura di fattispecie di "diritto comune" fanno sì che, pressoché puntualmente, le

persone giudicate per fatti che possono essere considerati di tortura conseguano l'impunità per prescrizione o per applicazione di amnistia, indulto o grazia. Ci limitiamo a ricordare, a tal proposito, la sola [sentenza della Corte d'Appello di Genova, sez. II, del 5 marzo 2010, sui fatti accaduti durante il vertice G8 del 2001](#) - che ha dovuto accertare la prescrizione rispetto a molti imputati - e la denuncia del primo presidente della Cassazione nel [rapporto sull'amministrazione della giustizia nel 2013](#), p. 29. Tali inconvenienti non si verificherebbero se fosse possibile procedere in base al reato di tortura perché ad esso non sono applicabili la prescrizione e tutte le misure che escludano l'effettività della sanzione, come deciso dalla CEDU, da ultimo, nel caso *Cestaro*, par. 205-208, ove, anche per questo aspetto, è stato accertato un inadempimento strutturale dell'Italia rispetto all'art. 3 (ma si veda anche la decisione nel caso *Abu Omar* di cui parliamo diffusamente oltre, par. 263, lett. v) e vi)).

L'impunità assicurata ai torturatori dalla lacuna del nostro ordinamento non preoccupa, però, il governo alla luce di quella che, a quanto pare, sarebbe la motivazione decisiva per escludere radicalmente l'urgenza e la necessità della introduzione della tortura in Italia. Non si tratta di ragioni giuridiche, ma di, logicamente prioritarie, ragioni etnico-culturali. Ed invero, come testualmente argomentato, a mo' di giustificazione - nella [risposta del 27 aprile 2006](#), p. 5 - ai richiami del CPT sulla questione: «torture does not exist because this is a practice far from our mentality». In pratica, sarebbero i naturali tratti di bontà dell'italica indole a rendere la tortura un reato artificioso, prima ancora che inutile.

Ebbene, proprio su questo punto il caso Regeni può offrire, purtroppo, utili controargomentazioni sfuggite finora a governo e parlamento. Supponendo che sia vero l'assunto di partenza (e prescindendo dalla sua possibile incoerenza con alcuni fatti di cronaca giudiziariamente accertati, come nel caso delle citate sentenze della Corte d'Appello di Genova e della CEDU), resta il fatto che è necessario punire gli atti di tortura commessi, nei confronti di nostri cittadini, eventualmente anche all'estero, da parte di persone non appartenenti all'italica stirpe, come potrebbe darsi nel caso Regeni. Il disvelamento, che tale caso produce, dell'esistenza di un mondo oscuro, al di fuori dell'oasi in cui viviamo, dovrebbe indurre ad adeguati provvedimenti. Se davvero, quindi, ci si vuole impegnare per la verità e la giustizia, prima di richiederle agli altri dobbiamo assicurarle nel nostro ordinamento dando un'accelerata ai lavori relativi all'ultimo disegno di legge sulla tortura del 5 aprile 2014 che, approvato dalla Camera il 9 aprile 2015 (se ne veda il testo [qui](#)), pende dinanzi al Senato dopo essere stato licenziato con modifiche dalla 2° Commissione permanente giustizia il 7 luglio 2015 (testo [qui](#)).

In vista ed in attesa della sospirata approvazione, si potrebbe approfittarne per un utile perfezionamento del testo legislativo: ve-

niamo così alla seconda misura *de iure condendo* evidenziatasi come necessaria anche in occasione del caso Regeni.

Per una (im)provvida coincidenza, negli stessi giorni in cui si iniziavano ad accertare le tragiche circostanze della morte del nostro connazionale, la CEDU pubblicava la [sentenza del 23 febbraio 2016, \(ricorso n. 44883/09\), nel caso *Nasr e Ghali c. Italia*](#), meglio noto come caso Abu Omar. Si tratta di un'indagine istruttiva quanto-complexa, sulla quale non è possibile soffermarsi, che ci limitiamo a richiamare solo per gli aspetti che rilevano in questa sede. Il ricorso ha ad oggetto il rapimento, a Milano, il 17 febbraio 2003, dell'*imam* Abu Omar, sospettato di terrorismo, da parte di agenti della CIA che lo consegnavano ai servizi segreti del Cairo perché fosse sottoposto a tortura. La vicenda si inseriva nella prassi di "delocalizzazione" della tortura attuata con i programmi di *extraordinary rendition* dal governo statunitense, avvalendosi della complicità di alcuni suoi alleati occidentali. Tale prassi ha sostanziato da subito un grave illecito internazionale, condannato da varie istanze (par. 176 ss. della decisione) e finalmente abbandonato dagli stessi Stati Uniti. In relazione al caso Abu Omar, la Corte d'Appello di Milano, con [sentenza del 12 febbraio 2013](#), accertava che, oltre le responsabilità di agenti della CIA, sussisteva il concorso materiale e morale di agenti dei servizi segreti italiani i quali avevano cooperato al reato con la consapevolezza che la vittima sarebbe stata trasferita in Egitto ed ivi sarebbe stata sottoposta a torture. Tuttavia, le prove alla base del giudizio venivano coperte dal segreto di Stato, che veniva considerato legittimamente apposto dalla Corte costituzionale nella [decisione del 13 febbraio 2014 n. 24](#). Pertanto, la Cassazione, investita di ricorso rispetto alla decisione di appello, era costretta ad annullarla senza rinvio con [pronuncia del 24 febbraio 2014, n. 20447](#). A questo punto della vicenda, che sembrava irrevocabilmente chiusa, si inserisce il giudizio della CEDU, investita del caso in base a ricorso congiunto di Abu Omar e dalla moglie. La decisione adottata ha accertato, all'unanimità e al di là di ogni ragionevole dubbio, che (riportiamo schematicamente, per brevità, i punti principali della motivazione di condanna): 1) il ricorrente era stato sottoposto ad atti disumani di tortura dai servizi segreti del Cairo (par. 18-19 unitamente ai par. 285 ss.); 2) gli organi italiani, di conseguenza, avevano violato il divieto di tortura, nel suo contenuto di diritto sostanziale, perché avevano collaborato al rapimento sapendo della sottoposizione a tortura (par. 63 congiunto ai par. 235 e 288); 3) gli elementi di prova raccolti dai giudici di Milano e che la Corte stessa utilizza erano sufficienti per condannare gli agenti italiani ed erano utilizzabili perché, essendo stati diffusi su internet e sui giornali prima della apposizione del segreto, erano diventati fatti di comune conoscenza (par. 65); 4) un segreto di Stato invocato su fatti di comune conoscenza non può assolvere la propria funzione legittima di preservare la confidenzialità a tutela della sicurezza e, pertanto, assolve solo la

funzione illegittima di garantire l'impunità di agenti dello Stato per gravi illeciti commessi (par. 268); 5) per effetto del ricorso inammissibile al segreto di Stato, l'Italia aveva violato il divieto di tortura sotto il profilo degli obblighi positivi procedurali, che da esso discendono, di svolgimento di indagini effettive e di effettiva repressione.

La decisione è inquietante perché accerta una collusione – ancorché indiretta, per il tramite della CIA – di organi italiani con quegli stessi servizi segreti del Cairo le cui responsabilità nel caso Regeni, pur non essendo provate e, per ora, neppure delineate, emergono tuttavia sinistramente dalle cronache e dalle testimonianze (per talune utili informazioni di carattere generale, v. il [post di Ursula Lindsey](#)). Potrebbe nascere addirittura il terribile timore che – sempre che sia vera l'ipotesi di tortura – gli aguzzini di Regeni possano essere state le stesse persone fisiche del caso Abu Omar. È ammesso – ma assolutamente non concesso – che fosse così, potrebbe forse riemergere in qualche modo il segreto di Stato? Beninteso, non si tratta di ipotesi con un contenuto sia pur minimo di realtà, ma solo di incubi di una cittadina di uno Stato democratico che si interroga su ciò che significhi sicurezza. Perché se è ammissibile che si discuta circa il rapporto tra sicurezza e libertà, non ci può essere alcun dubbio sul fatto che l'arbitrio è antitetico alla sicurezza. Ora, nei casi di tortura e di privazione extragiudiziale di libertà imputabili allo Stato siamo di fronte alla più classica manifestazione dell'arbitrio assoluto, inteso come forza eversiva dell'ordine costituzionale di uno Stato democratico. Tale carattere eversivo della tortura di Stato costituisce la *ratio* del divieto di ricorrere ad essa anche in caso di guerra e di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, divieto posto espressamente dall'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani e rafforzato dalla giurisprudenza della CEDU (v., da ultimo, tra le tante, la [decisione della Grande camera del 2012 nel caso El-Masri](#)) e da numerosi altri atti in materia di diritti umani: vi è contrasto insanabile tra la necessità di salvare lo Stato e l'adozione, a tale presunto fine, di misure che ne distruggono i tratti connotanti ed identificativi. È appena il caso di aggiungere che dallo stesso art. 15 e da tutte le altre norme internazionali di identico contenuto deriva anche, implicitamente, ma non meno chiaramente, il divieto di coprire con il segreto di Stato atti di tortura. Tale ricco e illuminante materiale normativo e giurisprudenziale, inglobato nel nostro ordinamento, avrebbe potuto agevolmente guidare, nel caso Abu Omar, l'interpretazione della nozione di «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», posta dall'art. 12 l. 24 ottobre 1977 n. 801 e del successivo art. 39 l. 3 agosto 2007 n. 24 come eccezione all'invocabilità del segreto. Poiché così non è stato, ed in attesa di un auspicabile mutamento della giurisprudenza della Corte costituzionale che ha esteso il segreto di Stato a tutta l'attività di “cooperazione internazionale” dei servizi segreti, è urgente che si attivi il Parlamento, cogliendo l'occasione dell'esame del disegno di legge sulla tortura per

includervi un divieto espresso di invocare il segreto di Stato per tale reato. Solo così ci metteremo al riparo, per il futuro, da ulteriori condanne della CEDU che inevitabilmente conseguirebbero alla invocazione del segreto di Stato in relazione a fatti di tortura, interni o internazionali. Solo così il nostro Stato potrà pretendere con forza dall'Egitto l'accertamento della verità senza essere sospettato di ipocrisia, "doppiopesismo" o, peggio, mera propaganda "di facciata". Soprattutto, solo così si potrà ritenere che lo Stato italiano avrà fatto tutto quanto in suo potere, indipendentemente dalle eventuali inadempienze egiziane, per rendere giustizia anche alla dignità umana violata nel caso Regeni, oltre che al suo sfortunato cittadino.

11 marzo 2016

Short-term Enforced Disappearances as a Tool for Repression

GABRIELLA CITRONI (*)

In his [post](#) on the enforced disappearance, torture, and arbitrary killing of Giulio Regeni, Luca Pasquet quoted the annual report of the [United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances](#) (WGEID), where concern is expressed in relation to what «seems to be a *recent pattern* of short-term disappearances» in Egypt ([UN Doc. A/HRC/30/38](#), para. 67, emphasis added). However, the phenomenon of “short-term disappearances” is not unique to Egypt and has been the source of concern for international human rights mechanisms at least over the past ten years. In the above-mentioned Annual Report, the WGEID informs that from 17 May 2014 to 15 May 2015 it observed a pattern of “short-term” enforced disappearances being used in a number of countries, and expressed its deep concern in this regard (para. 102). In the same report explicit reference is made to the practice of short-term enforced disappearances in Bahrain (para. 59). In the Annual Report for 2014 ([UN Doc. A/HRC/27/49](#), para. 117), the WGEID observed a pattern of short-term enforced disappearances in Bahrain and the United Arab Emirates). Moreover, the WGEID stressed that «there is no time limit, no matter how short, for an enforced disappearance to occur and that accurate information on the detention of any person deprived of liberty and their place of detention shall be made promptly available to their family members» (UN Doc. A/HRC/30/38, para. 102).

The clarification provided by the WGEID must be read in the context of an ongoing debate on to the existence of a so-called “temporal element” in enforced disappearance ([Ott](#), pp. 185-186; and [Citroni](#)). Determining whether a specific conduct can be qualified as enforced disappearance is instrumental to the adoption of adequate measures to eradicate this scourge. Offences such as abduction, murder, torture, or arbitrary arrest may be linked or closely related to enforced disappearance, but they do not reflect the complexity and na-

(*) Università di Milano-Bicocca.

ture of such crime, as they do not encompass all its core elements, eventually making it impossible to guarantee effective prevention and to ensure accountability.

In international law, enforced disappearance is defined in three human rights law instruments, namely the [United Nations Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance](#) (“the 1992 Declaration”, preamble); the [Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons](#) (Art. II); and the [International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance](#) (“the 2006 Convention”, Art. 2). Further, the [Rome Statute of the International Criminal Court](#) (“the ICC Statute”) includes enforced disappearance among crimes against humanity when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population, with knowledge of the attack (Art. 7.1.i).

All the existing definitions establish three elements of the crime, i.e. deprivation of liberty against the will of the person concerned; involvement of governmental officials, at least indirectly by tolerance, support or acquiescence; and refusal to disclose the fate and whereabouts of the person concerned.

The ICC Statute differs in two aspects. Firstly, it encompasses among the potential perpetrators of the crime political organisations or persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of such political organisations. Secondly, it adds a constitutive element of *dolus specialis*, by requiring that the perpetrator acted with the intention of removing the victim from the protection of the law for a prolonged period of time. The differences in the definition may be partially explained by the fact that the ICC Statute is a treaty of international criminal law and, as such, aims at establishing individual responsibility, while the three other legal instruments are of international human rights law, and deal with State responsibility. Nevertheless, the fact remains that the additional element included in the definition of the ICC Statute only contributes to bring confusion and has been met with harsh criticism by both practitioners and scholars.

In the three instruments of international human rights law, the “placement of the victim outside the protection of the law” is conceived as an inherent consequence of the offence. The WGEID has held that, provided that it is more conducive to the protection from enforced disappearance, this is the correct interpretation of the phrase at stake ([Study on Best Practices on Enforced Disappearance in Domestic Criminal Legislation of 2010](#), paras. 30-32). It has also clarified that it «admits cases of enforced disappearance without requiring that the information whereby a case is reported by a source should demonstrate, or even presume, the intention of the perpetrator to place the victim outside the protection of the law» ([General Comment on the Definition of Enforced Disappearance](#), para. 5). A similar interpreta-

tion has been adopted by the [United Nations Committee on Enforced Disappearances](#) (CED) that recommended adequately taking this into account also when codifying the offence at the domestic level ([Concluding Observations on Paraguay](#), paras. 13-14). The [Inter-American Court of Human Rights](#) follows the same approach ([Judgment](#) of 21 December 2009 on the case *Chitay Nech and others v. Guatemala*, para. 99).

On the contrary, qualifying the placement of the victim outside the protection of the law as a further element and adding a temporal requirement, in the sense that this must be for a “prolonged period of time”, creates an extremely heavy – and potentially unattainable – burden of proof. In particular, the formula “for a prolonged period of time” is extremely vague and lends itself to misinterpretation, as it remains unclear how long such period should be. A narrow reading would lead to denying the very existence of the practice of short-term enforced disappearances, hence leaving without protection a significant number of persons.

An instance of the interpretive challenges posed by the alleged existence of a temporal element can be found in the [Views](#) issued on 21 March 2012 by the [United Nations Human Rights Committee](#) (HRC) on the case *Aboufaied v. Libya*. The communication referred to the enforced disappearance of two brothers, Mr. Idriss Aboufaied and Mr. Juma Aboufaied. The former, a known political opponent of Colonel Khaddafi was arrested a first time by agents of the Internal Security Agency on 5 November 2006. His family could not obtain information on his fate and whereabouts until 29 December 2006 (i.e. 54 days later), when he was released, in poor health conditions. He was then arrested on a second occasion on 16 February 2007 by a group of armed men. First, he was kept in a detention facility in Tripoli for two months and then he was transferred to the Ain-Zara prison, where he was subjected to torture for five months. His family learned about his whereabouts in April 2007. Immediately after Mr. Idriss Aboufaied’s second arrest, his brother Juma was also captured by State agents. His family saw him again two days later and then had no news about his fate and whereabouts until 27 May 2008, when he was released.

In the communication, both instances were referred to as enforced disappearances (Mr. Idriss Aboufaied for 54 days in 2006, and for over two months in 2007; and Mr. Juma Aboufaied for almost one year and a half between 2007 and 2008), and the authors requested the HRC to declare several provisions of the [International Covenant on Civil and Political Rights](#) (ICCPR) violated.

The HRC indeed qualified both cases as enforced disappearance and held Libya responsible for the breach of its obligations pursuant to the ICCPR. However, not all the members of the HRC supported the qualification of the concerned crimes as enforced disappearances. Ac-

According to some of the experts, to qualify an act as enforced disappearance and to find a violation of Art. 16 of the ICCPR, a temporal element would be necessary. In his concurring individual opinion, Sir Nigel Rodley declared that «while concurring with some hesitation in the substantive findings of the Committee, I have misgivings about the Committee’s unexplained treatment of these cases or at least the case of Idriss Aboufaied explicitly as ‘enforced disappearance’». He added that «those who are experienced in working with the grotesque and unconscionable practice of enforced disappearance are familiar with the need to distinguish an unacknowledged detention perhaps that exceeds national or international time limits and thus constitutes at least arbitrary detention, from the horrible reality of enforced disappearance. This distinction would appear to imply a temporal element in the notion of enforced disappearance. Indeed, there is a risk of trivializing the notion, if it is held to cover any secret detention (by which I understand neither the detention to be acknowledged nor the whereabouts disclosed) for however short period». The expert argued that the HRC «should require more than the mere assertion [...] that a person falls into the category without a significant temporal element. Not every secret detention, even for as much as two months, as was inflicted on Idriss Aboufaied, would necessarily fall to be treated as an enforced disappearance, as there would not on that basis alone be sufficient evidence of deprivation of protection of the law». Sir Nigel Rodley concluded his opinion cautioning: «about relatively brief secret detention, arbitrary and torturous though they be, being treated as authentic enforced disappearances». Mr. Walter Kälin attached a dissenting opinion to the Views and echoed the doubts expressed by his colleague.

If, according to the two experts, two months would not amount to a “significant temporal element” and they are unsure whether 15 months would actually meet this requirement, no sound hint is given to determine with precision what would reach the “significant” or “prolonged” threshold.

The distinction between “relatively brief secret detention” and “authentic enforced disappearances” did not persuade the majority of the HRC and does not seem to adequately reflect existing practices, such as short-term enforced disappearances, as well as international case law on the matter. In this regard, a [joint study](#) of several UN Special Procedures on global practices in relation to secret detention in the context of countering terrorism highlights that «every instance of secret detention also amounts to a case of enforced disappearance» (para. 28). The joint study provides a comprehensive analysis of the development over the years and across the globe of the use of enforced disappearance, including short-term enforced disappearance, as a counter-terrorism technique and as a tool for repression. Recognising the existence of the practice and its features is pivotal to providing

an effective response.

As pointed out by Mr. Fabián Salvioli in a partly dissenting opinion attached to the Views on the *Aboufaied* case, introducing a time dimension as an additional element would not serve the purpose, but rather have the effect of weakening the concept of enforced disappearance.

While the debate on the existence of the temporal element continues within the HRC (see, e.g., the individual opinions attached to the [Views](#) of 3 July 2015 on the *Tharu and others v. Nepal* case), other international human rights mechanisms have taken a clear stand in the sense that the actual duration of the deprivation of liberty (followed by the refusal to acknowledge such deprivation and concealment of the fate and whereabouts of the victim) does not play any role in the qualification of the crime as enforced disappearance.

In its [judgment](#) on the *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia* case, the European Court of Human Rights (ECtHR) found that holding Mr. Khaled El-Masri, in the context of the so-called “extra-ordinary renditions programme”, in a cell in Afghanistan for over four months without any contact with the outside world and without disclosing his fate and whereabouts to his family or legal representatives, amounted to an enforced disappearance. In the words of the ECtHR, «[...] the Court considers that the applicant’s abduction and detention amounted to ‘enforced disappearance’ as defined in international law. The applicant’s “enforced disappearance”, although temporary, was characterized by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability, which extended through the entire period of his captivity. In this connection the Court would point out that in the case of a series of wrongful acts or omissions, the breach extends over the entire period starting with the first of the acts and continuing for as long as the acts or omissions are repeated and remain at variance with the international obligation concerned» (para. 240).

In its [Views](#) of 11 March 2016 on the *Yrusta v. Argentina* case, the CED held that even seven days of deprivation of liberty of a person, followed by the concealment of his fate and whereabouts by State agents, amount to enforced disappearance. In the specific case, in January 2013 Mr. Yrusta was transferred from a detention facility to another within Argentina. However, during seven days (between 16 and 21 January 2013), his family could not obtain any information from the competent authorities on his fate and whereabouts. The CED held that an enforced disappearance commences with the deprivation of liberty of the victim in whatever form, including the transfer of a detainee from one facility to another. To be qualified as an enforced disappearance, the deprivation of liberty must be followed by the refusal to acknowledge the deprivation of liberty itself or by the concealment of the fate and whereabouts of the disappeared, hence placing him or her outside the protection of the law. The CED firmly stressed that the

duration of the deprivation of liberty or of the concealment of the fate or whereabouts of the victim is irrelevant for the qualification of the offence as an enforced disappearance (para. 10.3) and held that there was a violation, among others, of Arts. 1 and 2 of the 2006 Convention. Notably, a few weeks after the disclosure of his whereabouts in the new detention centre, Mr. Yrusta was found dead. Authorities considered it a suicide, but relatives called for a thorough investigation to establish the causes of the death. The CED requested Argentina to carry out a thorough investigation not limited to the death of Mr. Yrusta, but encompassing also his enforced disappearance from 16 to 21 January 2013, with the aim to unveil the truth about the circumstances of the enforced disappearance and to identify and adequately sanction all those responsible for this crime (para. 12.b).

The judgment of the ECtHR and the Views of the CED fully capture the nature of the phenomenon and make it difficult to argue that short-term enforced disappearances do not exist. The alleged distinction between “relatively brief secret detentions” and “authentic enforced disappearances” appears fictitious: whenever authorities deny that a deprivation of liberty took place and conceal the fate and whereabouts of the person, irrespective of the duration of such situation, the events must be regarded as an enforced disappearance.

As aptly noted by Mr. Olivier de Frouville in his concurring opinion attached to the Views of the HRC in the *Tharu and others* case «[...] the practice of enforced disappearance has evolved since the turn of the century. Nowadays, short-term disappearances have proliferated, especially in the context of counter-terrorism [...]. In the 1970s, 1980s and even 1990s, only a few people ever survived enforced disappearance. Most of the victims, once placed in secret detention, died under torture or were summarily executed. A few were lucky enough to come out of it alive, after a few days or a few weeks of detention, especially if their cases had been made public soon enough by non-governmental organizations or United Nations protection bodies like the Working Group. A few others, in some countries, would ‘reappear’ years or even decades later, completely shattered by the experience of confinement and the total denial of their rights» (para. 4 of the individual opinion).

The expert highlighted that «this type of enforced disappearance is still practised in some contexts [...]. To this form of enforced disappearance, however, has been added the practice whereby a person is made to disappear for the space of a few days or for several weeks, during which time he or she is maintained in secret detention outside any legal framework and tortured, before being handed over to the police and then to the courts, often with a falsified arrest warrant in an attempt to hide the real date of arrest. The person is then charged and tried on the basis of “confessions” obtained in fact under torture during the period of disappearance. Have these practices been created in

an effort to circumvent the time condition laid down in article 7 of the Rome Statute and the particularly degrading attribute of “crime against humanity”? There is no way of knowing. But that is not essentially what matters. What really matters here is the recognition that in some cases, as in the more classic cases, the person is denied the right to recognition as a person before the law from the outset of his or her deprivation of liberty. The act of causing the person to disappear and to be placed in secret detention outside any legal framework is a way of signifying to the person’s family and acquaintances that the disappeared person is no longer a person before the law, that he or she ceases to legally exist and is no longer entitled to the protection of his or her country’s laws or of international law – and that, in those conditions, the person’s torturers can dispose of him or her exactly as they please» (para. 5 of the individual opinion).

The essence of short-term enforced disappearances as a tool for repression is perfectly captured by the description provided by Mr. de Frouville. The WGEID described these cases as situations where «victims are placed in secret detention or unknown locations, outside the protection of the law, before being released weeks or months later, sometimes after having been tortured and without having been brought in front of a judge or other civil authority. This very worrisome practice, whether it is used to counter terrorism, to fight organized crime or suppress legitimate civil strife demanding democracy, freedom of expression or religion, should be considered as an enforced disappearance and as such adequately investigated, prosecuted and punished» ([Annual Report for 2011](#), para. 50).

The WGEID clarified that «when the dead body of the victim is found mutilated or with clear signs of having been tortured or with the arms or legs tied, those circumstances clearly show that the detention was not immediately followed by an execution, but that the deprivation of liberty had some duration, even of at least a few hours or days. A situation of such nature, not only constitutes a violation to the right not to be disappeared, but also to the right not to be subjected to torture, to the right to recognition as a person before the law and to the right to life, as provided under article 1.2 of the Declaration» ([General Comment on the Definition of Enforced Disappearance](#), para. 9).

Hence, where the victim has already been found dead, the case falls within the definition of enforced disappearance: «as long as such detention or deprivation of liberty was carried out by governmental agents of whatever branch or level, or by organized groups or private individuals acting on behalf of, or with the support, direct or indirect, consent or acquiescence of the government, and, subsequent to the detention, or even after the execution was carried out, State officials refuse to disclose the fate or whereabouts of the persons concerned or refuse to acknowledge the act having been perpetrated at all» (*ibid.*, para. 10). Were the WGEID to receive reports of cases of such nature,

it would not register them under its regular procedure, as they would be clarified *ab initio*, in the sense that the fate and whereabouts of the victim are known. Rather, it would transmit them as “general allegations” ([WGEID’s Procedures](#)) to the government concerned, inviting it to comment on the measures that should be taken under the 1992 Declaration to investigate, bring the perpetrators to justice, satisfy the right to adequate compensation and redress, as well as regarding measures to stop and prevent enforced disappearances.

Calling an abhorrent practice by its real name is the first necessary step to tackle it. This is why it is so important to recognise that, besides torture and arbitrary killing, Giulio Regeni, as hundreds of other people in Egypt, has also been subjected to an enforced disappearance, no matter how short. Once this has been duly recognised, the submission of the case in the form of a general allegation to the WGEID can be envisaged.

Notably, at the domestic level, the qualification of the offence as enforced disappearance would face challenges similar to those pointed out by [Gabriella Carella](#) in her post referring to torture in terms of lack of adequate codification in the criminal legislation. Also, the possibility to exercise universal jurisdiction by Italian authorities (envisaged pursuant to Arts. 9-11 of 2006 Convention, to which Italy is a State party since 8 October 2015) would be jeopardised.

While significant obstacles would certainly remain, recognition of short-term enforced disappearance as an existing practice, with a precise aim and specific characteristics, is an indispensable first step to ensure that they can no longer serve as an effective tool for repression.

13 giugno 2016

6

Le relazioni esterne dell'Unione
europea

- ANNA MICARA Norme TRIPs-plus e sicurezza alimentare negli accordi commerciali dell'Unione europea
- CLAUDIO DORDIE *An unlikely duo?* Protezione degli investimenti esteri e tutela dell'ambiente negli accordi commerciali dell'UE post-Lisbona
- FRANCESCO MONTANARO
- PETER VAN ELSUWEGE Legal Implications of the Dutch "No" Vote for the Future of the EU-Ukraine Association Agreement
- STEFANO SALUZZO Tutela dei dati personali e deroghe in materia di sicurezza nazionale dopo l'entrata in vigore del *Privacy Shield*

Norme TRIPs-plus e sicurezza alimentare negli accordi commerciali dell'Unione europea

ANNA MICARA (*)

Mentre il *Doha round*, l'ultimo ciclo di negoziati nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), procede con difficoltà, l'Unione europea (UE) ha concluso e sta concludendo numerosi accordi di partenariato economico e commerciale a livello bilaterale e regionale. Generalmente, tali accordi comprendono un capitolo relativo ai diritti di proprietà intellettuale che stabilisce alcune norme c.d. TRIPs-plus ([Kampf](#), p. 87 ss.), ovvero norme che vanno oltre ai c.d. standard minimi previsti dall'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs), stipulato nell'ambito dell'OMC.

All'epoca dell'elaborazione del TRIPs, durante l'Uruguay round (1986-1994), la biotecnologia era ancora poco sviluppata e la tutela della medesima era controversa anche per i Paesi industrializzati per cui l'Accordo lascia ai membri notevole flessibilità: essi hanno facoltà di escludere la tutela delle piante e di proteggere le varietà vegetali tramite un effettivo sistema *sui generis* (art. 27.3). Per molti membri OMC tale sistema consiste nell'adesione alla [Convenzione UPOV](#) (acronimo dal francese *Union internationale pour la protection des obtentions végétales*) mentre in una minoranza di Stati consiste nella tutela brevettuale ([Deere](#), p. 88).

Di conseguenza, attualmente i Paesi industrializzati mirano, attraverso gli accordi commerciali bilaterali, a proteggere in maggior misura i diritti dei costitutori professionali di varietà vegetali. In particolare, alcuni accordi dell'UE, come quelli c.d. di nuova generazione conclusi con la Repubblica di [Corea](#) e [Vietnam](#), stabiliscono che le parti debbano prevedere una tutela conforme a quella della versione

(*) Università di Milano.

più recente della [Convenzione UPOV](#) (1991). Essa è caratterizzata da una tutela molto simile a quella offerta dai brevetti rispetto alla prima versione ([UPOV 1961](#)), andando a proteggere maggiormente i costitutori. Infatti, UPOV 1991 riduce il c.d. *farmer's privilege* eliminando la possibilità per gli Stati di permettere agli agricoltori di scambiare o vendere semi derivanti dai raccolti di varietà vegetali protette poiché, ai sensi dell'[art. 15](#), essi possono usare solo «for propagating purposes, on their own holdings, the product of the harvest which they have obtained by planting, on their own holdings, the protected variety or a variety covered by Article 14(5)(a)(i) or (ii)» (articolo relativo alle c.d. *essentially derived variety*). Allo stesso tempo, rispetto alla tutela brevettuale, UPOV 1991 riconosce la c.d. *breeders' exemption*, ovvero la possibilità che terzi usino una varietà a scopi sperimentali (c.d. *experimental exemption*) e che i medesimi, che abbiano costituito una nuova varietà vegetale grazie alla *experimental exemption*, possano produrla e commercializzarla (c.d. *research exemption*), sebbene ne restringa l'ambito di applicazione rispetto alle precedenti versioni.

Inoltre, occorre considerare che gli accordi bilaterali sono soggetti alla clausola della nazione più favorita del TRIPs e perciò non solo i costitutori dell'UE ma anche quelli di altri membri OMC beneficeranno della tutela ivi prevista. Allo stesso tempo, alcuni accordi UE includono alcune disposizioni più flessibili. L'accordo con l'[America centrale](#) prevede che le parti proteggano le varietà vegetali attraverso un effettivo sistema *sui generis* (reiterando l'art. 27.3.b TRIPs) e consentono un *farmer's privilege* più ampio rispetto a UPOV 1991 (art. 259.3). L'accordo con il [CARIFORUM](#) stabilisce che le parti «prendono in considerazione» (art. 149) l'adesione alla Convenzione UPOV 1991 e, allo stesso tempo, hanno il diritto di garantire un *farmer's privilege* più ampio rispetto a tale versione di UPOV ([Nadde-Phlix](#), p. 148).

L'adesione alla Convenzione UPOV 1991 richiesta negli accordi bilaterali UE può avere un impatto negativo sulla sicurezza alimentare sotto diversi profili. Innanzitutto, in alcuni casi specifici la tutela stessa delle varietà vegetali sulla base della Convenzione UPOV non consente ai membri di escludere, per esempio, alcune varietà particolarmente usate a livello nazionale, e quindi potrebbe impedire di promuovere la sicurezza alimentare. L'aspetto più critico tuttavia concerne il limitato *farmer's privilege*, che vieta la conservazione e lo scambio di semi protetti: infatti, dal momento che l'80% delle persone che soffrono la fame vive in aree rurali ([Final study of the Human Rights Council Advisory Committee on the advancement of the rights of peasants and other people working in rural areas](#), par. 9), limitare il *farmer's privilege* significa togliere una risorsa importante a numerose comunità rurali; inoltre, esso è fondamentale per preservare la biodiversità agricola che è a sua volta un elemento cruciale per promuovere la sicurezza alimentare ([Andersen et al.](#), pp. 7-8). Infine, il ridotto am-

bito di applicazione della *research exemption* incide sull'accesso alle risorse genetiche che è altrettanto cruciale ([FAO](#)). Dopodiché l'impatto di queste norme sulla sicurezza alimentare è più limitato rispetto a quelli degli accordi statunitensi che stabiliscono la brevettabilità delle varietà vegetali ([US-Marocco FTA](#); [US-Australia FTA](#)).

Tali criticità sono state in parte messe in luce dal [Comitato](#) per i Diritti Economici, Sociali e Culturali il quale ha affermato, con riferimento ad accordi bilaterali elvetici, che

«the so-called “TRIPS-plus” provisions concerning accession to the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants increase food production costs, seriously undermining the realization of the right to food» (par. 24).

E dal [Rapporteur](#) delle Nazioni Unite sul diritto al cibo, secondo il quale:

«[t]he introduction of legislation or other measures which create obstacles to the reliance of farmers on informal seed systems may violate this obligation, since it would deprive farmers from a means of achieving their livelihood» (par. 4).

Di conseguenza, può sorgere un conflitto tra gli obblighi derivanti da alcuni accordi bilaterali dell'UE e quelli derivanti dagli strumenti internazionali che tutelano il diritto al cibo, in particolare il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 11). Nel caso dei citati accordi UE che prevedono flessibilità un eventuale conflitto potrebbe essere risolto attraverso l'interpretazione delle norme TRIPS-plus alla luce, per esempio, del Patto sui diritti economici, sociali e culturali (art. 11) o dell'International Treaty for Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, adottato nell'ambito della FAO, che tutela i diritti degli agricoltori (art. 9), posto che le parti abbiano ratificato gli strumenti rilevanti ([Grosse Ruse-Khan](#), pp. 28-29). Tuttavia, nel caso in cui l'accordo bilaterale UE preveda esclusivamente l'adesione a UPOV 1991 o l'attuazione di una tutela equivalente a UPOV 1991, e ciò comporti una violazione del diritto al cibo, potrebbe risultare più complesso per un eventuale tribunale arbitrale, composto per dirimere una controversia sull'accordo, delineare un sistema coerente interpretando le disposizioni rilevanti alla luce di altre «relevant rules of international law applicable in the relations between the parties» ai sensi dell'art. 31.3.c della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Inoltre, in caso di conflitto, occorre considerare che mentre gli accordi bilaterali UE generalmente prevedono un sistema di soluzione delle controversie per cui la violazione di norme dell'accordo può portare all'utilizzo di contromisure (la sospensione di altri obblighi quali accesso al mercato), i meccanismi di enforcement del Patto sui Diritti

Economici, Sociali e Culturali e dell'International Treaty for Plant Genetic Resources for Food and Agriculture sono scarsamente efficaci ([Ricci](#), p. 22 ss.).

Per prevenire tali conflitti, e nel contempo far fronte alla frammentazione del diritto internazionale, potrebbe venire in rilievo la *UN Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas* attualmente negoziata nell'ambito del Consiglio dei Diritti Umani (secondo il citato *Final study* agricoltori e altre persone che lavorano nelle aree rurali rappresentano il 75% delle persone che vivono in estrema povertà e l'80% di coloro che soffrono la fame). Considerando che l'UE ha già inserito nei capitoli sulla proprietà intellettuale di numerosi accordi bilaterali importanti strumenti di *soft law*, quali la [Dichiarazione di Doha](#) su TRIPs e salute pubblica e la [Dichiarazione](#) delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni è probabile e auspicabile che l'UE inserisca il riferimento anche a questa Dichiarazione, una volta adottata. Ciò potrebbe evitare l'adozione di norme incompatibili con la medesima nell'accordo bilaterale o offrirebbe un utile strumento interpretativo in caso di controversia davanti a un tribunale arbitrale che dovesse pronunciarsi circa la violazione dell'accordo (ovvero della tutela UPOV) sia per quanto riguarda il diritto al cibo che per quanto riguarda i diritti degli agricoltori. Infatti, l'[ultima versione](#) della bozza di Dichiarazione va oltre gli strumenti esistenti poiché agli agricoltori spetterebbe il diritto alla sovranità sul cibo, il diritto ai semi e ai saperi tradizionali agricoli e il diritto alla diversità biologica ([Golay](#)).

Infine, viene in rilievo l'obbligo di preparare un *impact assessment* sul rispetto dei diritti umani negli accordi commerciali bilaterali. Come ha affermato lo Special [Rapporteur](#) on the Right to Food delle Nazioni Unite

«[b]y preparing human rights impact assessments prior to the conclusion of trade and investment agreements, States are addressing their obligations under the human rights treaties [...] there is a duty to identify any potential inconsistency between pre-existing human rights treaties and subsequent trade or investment agreements and to refrain from entering into such agreements where such inconsistencies are found to exist» (p. 5).

L'importanza di questo strumento è dovuta al fatto che dovrebbe consentire il rispetto del diritto al cibo e ovviare ai problemi della frammentazione del diritto internazionale *ex ante*. Tuttavia, sebbene l'EU [Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy](#) preveda tale strumento e la Commissione abbia sviluppato delle [linee guida](#), nel caso dell'Accordo di libero scambio con il Vietnam l'*impact assessment* non è stato svolto ([Joint FIDH-VCHR ob-](#)

[servations](#)).

In conclusione, gli accordi TRIPs-plus dell'UE sono suscettibili di compromettere la sicurezza alimentare ed è perciò fortemente auspicabile il rafforzamento degli strumenti internazionali che tutelano il diritto al cibo e i diritti degli agricoltori e, in particolare, l'adozione della *Declaration on the rights of peasants and other people working in rural areas* nella versione attualmente negoziata.

5 maggio 2016

An unlikely duo? Protezione degli investimenti esteri e tutela dell'ambiente negli accordi commerciali dell'UE post-Lisbona

CLAUDIO DORDI E FRANCESCO MONTANARO (*)

Che la salvaguardia dell'ambiente sia legata a doppio filo con il diritto fondamentale degli individui alla salute è un dato incontestabile e ormai penetrato nella giurisprudenza delle Corti internazionali e nella prassi convenzionale (si veda, ad esempio, [Parere consultivo sulla minaccia e l'uso delle armi nucleari](#), par. 29; [Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo](#); [Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici](#)).

Nonostante ciò, una compiuta introiezione dell'*ethos* ambientalista rimane un traguardo lontano per un diritto internazionale che assume vieppiù l'aspetto di un arcipelago di sotto-sistemi giuridici tendenzialmente indipendenti e autoreferenziali. Com'è noto, le istanze ambientaliste hanno tradizionalmente stentato a trovare spazio nell'ambito del diritto internazionale dell'economia. In particolare, una tenace diffidenza verso tali questioni ha tradizionalmente pervaso il diritto internazionale degli investimenti fin dai suoi albori. A tal riguardo, un noto accademico e arbitro internazionale qualche tempo fa affermava icasticamente che: «the previously socialist/statist attitude to foreign investment popularly expressed through the New International Economic Order (NIEO) [...] has been reincarnated in the environmentalist movement» (Wälde e Kolo, "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 811 ss., pp. 811-812). Informato ai canoni del neo-liberalismo economico, il diritto internazionale degli investimenti ha tradizionalmente assunto come unico e totalizzante obiettivo la promozione e la protezione degli investimenti esteri (Spears, "The Quest for Policy Space in a New Ge-

(*) Università Bocconi di Milano e Université Panthéon-Assas Paris II.

neration of International Investment Agreements”, in *Journal of International Economic Law*, 2010, p. 1037 ss., p. 1041). Poca o nessuna attenzione, invece, gli accordi in materia di protezione degli investimenti hanno dedicato ad interessi non economici, inevitabilmente legati allo svolgimento di attività di natura economico-imprenditoriale, quali la protezione dell'ambiente e la promozione di una crescita economica sostenibile. L'ampia formulazione degli standard di trattamento dell'investitore e la tendenziale assenza di norme in grado di dirimere i frequenti conflitti fra siffatti interessi sono null'altro che il “precipitato tecnico” di un approccio monodimensionale alla regolamentazione degli investimenti esteri (Roberts, “Clash of Paradigms: Actors and Analogies shaping the Investment Treaty System”, in *American Journal of International Law*, 2013, p. 45 ss., p. 76).

Tuttavia, con il venir meno della granitica unidirezionalità che aveva caratterizzato i flussi di capitale estero sin dalla conclusione del processo di decolonizzazione, anche gli Stati sviluppati, tradizionalmente esportatori di capitali, hanno iniziato a ricevere e a fare affidamento su un ingenti quantità di investimenti esteri (Roberts, *op. cit.*, p. 78). Questo cambiamento, come prevedibile, ha avuto delle ripercussioni sul contenzioso fra investitori e Stati. Sicché, in un numero crescente di casi, gli Stati sviluppati sono stati chiamati a rispondere per violazioni degli accordi volti alla protezione degli investimenti esteri. Parallelamente, si è altresì registrato un incremento degli *investment claims* aventi ad oggetto misure eminentemente volte al perseguimento del pubblico interesse (Wagner, “Regulatory Space in International Trade Law and International Investment Law”, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014, p. 1 ss., p. 14). La combinazione di questi fattori ha impresso un graduale mutamento di rotta alla prassi convenzionale in materia di investimenti. Con l'avvento di trattati “più bilanciati”, ossia contenenti norme che dovrebbero permettere di contemperare la protezione degli investimenti con la salvaguardia di interessi non strettamente economici, il diritto internazionale degli investimenti sembra ormai aver abbandonato i *roaring years* dell'infanzia ed essere approdato ad una fase di maggiore, ancorché non completa, “maturità” (Roberts, *op. cit.*, p. 78).

In questo contesto si collocano gli *Investment Chapters* inclusi negli accordi di libero scambio stipulati dall'Unione Europea in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Com'è noto, la nuova formulazione dell'art. 207 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea amplia la competenza dell'Unione in materia di investimenti esteri. Sulla base di tale competenza, l'Unione ha delineato un'ambiziosa [politica](#) in materia di investimenti esteri, che tenta di coniugare, almeno in principio, l'interesse degli Stati membri ad attirare investimenti esteri assicurando alti standard di protezione con l'esigenza di preservare il margine di manovra necessario all'attuazione di politiche pubbliche, fra cui spicca senza dubbio la

protezione dell'ambiente. Preso atto dei condivisibili intenti enunciati nei documenti della Commissione e delle altre istituzioni europee, resta, tuttavia, da vedere come e in quale misura questi ultimi siano stati trasfusi nei tre accordi fin qui conclusi dall'UE con Paesi terzi, cioè il Comprehensive Trade and Economic Agreement ([CETA](#)) con il Canada e gli accordi di libero scambio con [Singapore](#) e [Vietnam](#). Inoltre, è opportuno considerare se, come è stato di recente affermato (Titi, "International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements", in *European Journal of International Law*, 2015, p. 639 ss., pp. 654-657), siffatti accordi portino addirittura più in là l'opera di bilanciamento operata nella prassi più recente e, in particolare, negli accordi stipulati da Canada e Stati Uniti a partire dalla metà degli anni duemila.

La dialettica fra protezione degli investimenti esteri e protezione dell'ambiente ruota attorno a due elementi: la formulazione degli standard di trattamento e del divieto di espropriazione illegittima nonché la previsione di meccanismi in grado di riconciliare le predette istanze. Infatti, è dall'interazione fra queste due categorie di norme che è possibile individuare l'ampiezza del margine di manovra di cui dispone lo Stato ospitante nell'adottare misure volte alla tutela dell'ambiente.

Per quanto concerne il primo aspetto, occorre, innanzitutto, rilevare che i trattati di "nuova generazione" cercano di delimitare con maggiore precisione il contenuto degli standard di trattamento e, segnatamente, dello standard del trattamento giusto ed equo riducendo, conseguentemente, la discrezionalità dei tribunali arbitrali chiamati ad applicarlo. In particolare, sebbene con formulazioni parzialmente diverse, essi enucleano una serie di condotte, spesso mutuata dalla giurisprudenza arbitrale, dalle quali scaturisce una violazione dello standard. Si tratta di liste esaustive che possono essere ampliate soltanto per volontà degli Stati contraenti. È altresì opportuno rilevare come siffatti accordi tendano a limitare il campo d'applicazione della tanto discussa *legitimate expectations doctrine*. Innanzitutto, tutti gli accordi in esame precisano che tali *expectations* possono sorgere soltanto ove lo Stato ospitante abbia prospettato un fatto specifico all'investitore straniero al fine di spingerlo ad investire nel proprio territorio. Pertanto, una violazione dello standard di trattamento giusto ed equo può ravvisarsi soltanto ove lo Stato ospitante contravvenga alle predette rappresentazioni. Il CETA si spinge persino oltre precisando che i tribunali arbitrali *possono* tenere in considerazione la violazione delle *legitimate expectations* dell'investitore ai fini dell'accertamento del rispetto dello standard di trattamento giusto ed equo. In altre parole, contrariamente a quanto previsto dagli altri due accordi e da una giurisprudenza arbitrale pressoché unanime, la protezione delle *legitimate expectations* dell'investitore non è un elemento essenziale di tale standard. A ciò si aggiunga che l'art. 8.9 del Capo 8 del CETA e

l'art. 13-bis del Capo 8 dell'accordo fra UE e Vietnam chiariscono che un mero emendamento della legislazione vigente nel paese ospitante non costituisce una violazione delle norme volte alla protezione dell'investimento anche qualora dovesse porsi in contrasto con le *expectations* dell'investitore.

Allo stesso modo, gli accordi in esame formulano il divieto di espropriazione illegittima in modo da distinguere misure regolamentari adottate in buona fede dallo Stato ospitante da misure formalmente regolamentari ma da cui discendono di fatto effetti equivalenti ad un'espropriazione dell'investimento. Com'è noto, la giurisprudenza e la dottrina hanno a lungo dibattuto su quali criteri debbano essere adottati per operare questa distinzione (si veda, *ex multis*, De Luca, "Indirect Expropriation and Regulatory Takings", in *General Interests of the Host States in International Investment Law* (a cura di Sacerdoti *et al.*), Cambridge University Press, Cambridge, 2014). Gli accordi oggetto della presente indagine affrontano questo cruciale nodo interpretativo prevedendo una lista esemplificativa di criteri di natura qualitativa (ad esempio, la finalità della misura adottata) e quantitativa (l'impatto economico sull'investimento, la durata, etc.). Inoltre, e ancor più significativamente, essi precisano, con formulazione molto simile a quella adottata dall'[US Model BIT](#) del 2012 e dal [Canada Model FIPA](#) del 2004, che misure finalizzate al perseguimento di finalità di interesse pubblico, quali la tutela dell'ambiente, non costituiscono un'espropriazione indiretta purché siano non discriminatorie e non appaiano manifestamente eccessive alla luce dello scopo perseguito.

Occorre poi rilevare che tali norme, e più in generale le norme incluse nel capo dedicato alla protezione degli investimenti, vanno coordinate con la previsione, contenuta peraltro soltanto nel CETA e nell'accordo fra UE e Vietnam, che riafferma il diritto degli Stati contraenti di perseguire obiettivi di pubblico interesse tramite appropriati interventi legislativi. Si tratta di una norma che potrebbe costituire un appiglio normativo per l'inclusione di considerazioni afferenti alla tutela dell'ambiente nell'applicazione delle garanzie sostanziali contenute nel trattato. Un'ultima importante limitazione delle norme concernenti la protezione degli investimenti riguarda i sussidi concessi alle imprese. Nel CETA e nell'accordo con il Vietnam, si precisa che la mera cessazione di un sussidio ovvero la richiesta di rimborso dello stesso, effettuata al fine di adempiere ad obblighi internazionali ovvero alla decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa, non costituisce violazione delle norme di protezione degli investimenti esteri. Si scorge in questa disposizione l'intento di prevenire controversie come quelle nate dalla riduzione degli incentivi alla produzione di energia solare, che coinvolgono ad oggi Spagna, Italia e Repubblica Ceca.

Ciò detto, è opportuno ora volgere il nostro sguardo alle varie

norme espressamente finalizzate ad integrare la protezione dell'ambiente fra gli obiettivi degli accordi in materia di protezione degli investimenti. Contrariamente alla quasi totalità dei trattati stipulati dagli Stati membri dell'UE, gli accordi in esame includono delle sezioni interamente dedicate alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile. Non essendo in questa sede possibile analizzare nel dettaglio tutte le norme in essi contenute, esamineremo sinteticamente quelle aventi più diretta incidenza sulla protezione degli investimenti esteri. Gli accordi in questione, innanzitutto, riaffermano il diritto dello Stato ospitante di adottare misure finalizzate alla protezione ambientale e scoraggiano le politiche di deregolamentazione ambientale finalizzate ad incentivare l'afflusso di investimenti esteri (cd. *race to the bottom*). In secondo luogo, rinnovano l'impegno delle Parti contraenti a rispettare gli obblighi derivanti da accordi multilaterali in materia ambientale. A tal fine, negli accordi con Singapore e Vietnam si precisa altresì che nessuna disposizione dei suddetti accordi deve essere interpretata in maniera da impedire l'adozione delle misure necessarie a rispettare siffatti obblighi. Infine, tutti gli accordi in esame prevedono delle clausole, modellate sulla cd. *general exception clause* di cui all'art. [XX del GATT](#), le quali presentano tuttavia portata differente nei vari trattati. Infatti, nell'accordo con Singapore, tale eccezione è applicabile all'obbligo di trattamento nazionale, laddove nel CETA può essere invocata con riferimento alle norme che regolano la fase che precede lo stabilimento dell'investimento nonché rispetto all'obbligo di trattamento nazionale e quello della nazione più favorita. Nell'accordo fra Vietnam e Unione Europea, invece, l'eccezione in parola sembrerebbe applicabile a tutte le norme relative alla protezione degli investimenti, incluso lo standard di trattamento giusto ed equo e il divieto di espropriazione illegittima.

L'analisi che precede evidenzia delle importanti novità negli accordi di "nuova generazione" dell'Unione Europea. La formulazione più stringente della clausola sul trattamento giusto ed equo e di quella concernente il divieto di espropriazione indiretta riducono la probabilità che una misura finalizzata alla protezione ambientale possa essere ritenuta incompatibile con siffatte norme. In particolare, con l'introduzione di sostanziali limiti all'applicazione della controversa *legitimate expectations doctrine*, i nuovi accordi dell'UE e, in particolare, il CETA e l'accordo con il Vietnam, si distanziano dalla prassi pattizia e arbitrare prevalente.

Restano, tuttavia, alcune questioni aperte. Innanzitutto, gli elementi costitutivi dello standard di trattamento giusto ed equo saranno molto probabilmente interpretati seguendo le indicazioni della giurisprudenza arbitrare precedente (sul ruolo del precedente nell'arbitrato investitore-Stato si veda Sacerdoti, "Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models" in *Contemporary Issues, International Arbitration and Me-*

diation: The Fordham Papers (a cura di Rovine), Brill-Nijhoff, Boston-Leiden, 2010, pp. 225-246). Così, ad esempio, l'obbligo di trasparenza dello Stato ospitante potrà avere portata più o meno ampia a seconda dei precedenti arbitrati citati nell'iter argomentativo della decisione. In secondo luogo, anche la rinnovata formulazione del divieto di espropriazione indiretta non esclude del tutto la possibilità di *investment claims* nei confronti di misure finalizzate alla protezione ambientale (Spears, *op. cit.*, p. 1051). Inoltre, resta una potenziale incompatibilità fra le politiche volte alla lotta del cambiamento climatico e il divieto di discriminazione previsto dalla clausola in parola: ciò, in quanto siffatte misure tendono a privilegiare determinate imprese e determinati settori economici (Miles, *The Origins of International Investment Law* Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 199).

Parimenti, anche le norme che integrano la protezione ambientale fra gli obiettivi del trattato sono state oggetto di obiezioni da parte della dottrina. Da un lato, infatti, è stato rilevato che le norme volte ad a scongiurare una *cd. race to the bottom* della legislazione ambientale pongono una mera *soft obligation* sulle Parti contraenti (Asteriti, "Waiting for the Environmentalists : Environmental Language in Investment Treaties", in *International Investment Law and Its others* (a cura di Hofmann e Tams), Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 139). Dall'altro, si è osservato che la previsione di una *cd. general exception clause* paradossalmente restringe il margine di manovra dello Stato ospitante, in quanto siffatte clausole sono generalmente interpretate in maniera restrittiva (Newcombe, "General Exceptions in International Investment Agreements" in *Sustainable Development in World Investment Law* (a cura di Cordonnier Segger et al.), Kluwer Law, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 355).

Ciò detto, per quanto fondate possano essere le precedenti obiezioni, non appaiono sufficienti a scalfire un dato di fatto: i nuovi accordi dell'UE abbandonano l'approccio "monodimensionale" largamente dominante negli accordi degli Stati membri e preferiscono un approccio più equilibrato che tiene conto anche di interessi non economici, come appunto la protezione dell'ambiente. Ora, è difficile dire se quest'opera di riequilibrio si sia spinta oltre a quanto già visto nei più recenti Bilateral Investment Treaties americani e canadesi. Certo, vi sono delle sostanziali somiglianze fra questi ultimi e i nuovi accordi UE. Tuttavia, è bene non trarre conclusioni affrettate, in quanto la prassi applicativa, soprattutto in un sistema non più improntato al modello dell'arbitrato commerciale internazionale, ma più simile a quello di una [Corte internazionale](#) "pubblica" e stabile, potrebbe dare maggior spazio alle istanze ambientaliste e contribuire a rendere più "verde" il diritto internazionale degli investimenti del XXI secolo.

16 maggio 2016

Legal Implications of the Dutch “No” Vote for the Future of the EU-Ukraine Association Agreement

PETER VAN ELSUWEGE (*)

What was still a [hypothetical scenario](#) few months ago has now become reality: the Dutch citizens rejected the approval of the EU-Ukraine Association Agreement (AA) with a majority of 61 % and with a turnout of 32.28 %. As a result, the referendum is considered “valid” under the Dutch Advisory Referendum Act (DAR) and it is now for the Dutch government to decide “as soon as possible” upon the actual implications of this result. Before analyzing the potential legal options, some preliminary remarks are in place.

First, both chambers of the Dutch Parliament had already adopted the approval act, required for the Dutch ratification of the AA with Ukraine. The question is thus whether this parliamentary decision should be “corrected” due to the outcome of the popular vote. Since the referendum was only of a consultative nature, there is no legal obligation to repeal the approval act. However, in the days before the referendum, all political parties explicitly stated they would take the outcome very serious in case of at least 30 per cent turnout. Consequently, simply ignoring the public poll is politically speaking not an option. This was also made clear by Prime Minister [Rutte](#) when he declared that the agreement cannot be ratified under the present circumstances. The Dutch government, therefore, launched a “reflection period” to explore the possible options. According to Foreign Minister [Koenders](#), this exercise should be finished by September at the latest. It seems no coincidence that also the [EU-Ukraine Summit](#), planned to take place in May, has been postponed until September when also the outcome of the that other major referendum – on Brexit – will be known.

(*) Ghent European Law Institute.

Second, the AA is a so-called “mixed agreement”, requiring a double ratification process: at the Member State level as far as the Member States’ competences of the Agreement are concerned and at the Union level with respect to the EU competences. Except for the Netherlands, where the ratification process is currently on hold due to the outcome of the referendum, all other Member States already finished the ratification process. At the EU level, the [European Parliament](#) already gave its consent but, in line with Article 218 (6) TFEU, the Council still needs to adopt a decision concluding the agreement. Such a decision is still pending and has to be adopted by unanimity. Hence, the two remaining steps in the ratification process are closely interconnected. The Council decision on concluding the agreement will not be adopted as long as there is no clarity concerning the implications of the Dutch referendum and the position of the Dutch government.

Third, a significant part of the AA already provisionally entered into force. A Dutch decision to reject the approval act will not automatically halt this practice, precisely because the provisional application only concerns those matters falling within the Union’s competence. This *caveat* is explicitly included in the relevant [Council](#) Decisions. In other words, the provisional application of the AA continues in anticipation of the finalisation of the ratification procedure, i.e. the adoption of a Council Decision concluding the agreement. There is no time limit for adopting the latter decision and it is not uncommon that the provisional application lasts for several years (with a remarkable record of 11 years for the agreement on cooperation and customs union with [San Marino](#)). In any event, termination of the provisional application on behalf of the EU is only possible upon a unanimous decision in the Council (see Art. 486 AA and Art. 218 (8) TFEU).

Of course, the question arises what kind of options exist to solve the existing conundrum. Re-opening negotiations on this comprehensive deal, which is the result of a long and careful process and which been signed by the Netherlands and the EU and has already been ratified by 27 EU Member States and Ukraine, is out of question. Broadly speaking, three more realistic options can be distinguished (See for further comments on the possible options also the analysis of [Guillaume van Der Loo](#) and [Ramses Wessel/Adam Lazowski](#)).

A first, and from a legal perspective, easiest solution would be the addition of interpretative declarations. One may, for instance, imagine a clarification that the AA does not include any commitment regarding the EU accession prospects of Ukraine or a statement that the AA will not lower animal welfare rights (as had been argued by the [Dutch Party for the animals](#) in the referendum campaign) This may be combined with other political initiatives to increase the democratic legitimacy of the EU decision-making process, since this was also one of the concerns of the “no-camp”. In fact, the possibilities for such

creative political solutions are unlimited since they do not require a formal amendment of the Agreement. The main question, of course, is whether this will be sufficient to convince the Dutch 'no' voters that the referendum outcome was taken seriously.

A second option could be to add a so-called "adjusting protocol" to the agreement. This is precisely what happened after the [Swiss Confederation](#) was not in a position to ratify the European Economic Area (EEA) Agreement in the 1990s after a negative referendum. Of course, the situation is slightly different since the Netherlands is not just a third party but an EU Member State. However, the legal logic could be similar. It would imply that "the Netherlands" should be deleted as one of its contracting parties. As a result, those provisions of the AA belonging to Member State competences would not be applicable in the Netherlands. One could, for instance, think about the provision on mobility of workers (Art. 18 of the AA) whereas most other provisions belonging to EU competences would still be binding for the Netherlands in their capacity of EU Member State. This option presupposes that a distinction is made between the role of the Netherlands as a sovereign state, on the one hand, and its role as EU Member State in the Council, on the other hand. In other words, a potential repeal of the Dutch Approval Act and, as a consequence, the withdrawal of the Netherlands as a contracting party to the AA should not necessarily imply that the country blocks the adoption of the Council decision concluding the AA at EU level. As found by the Court of Justice in Case [C-28/12](#), the procedures for concluding a mixed agreement at Member State level and EU level are separate and this, *mutatis mutandis*, also applies for the ratification process. Whereas this option would thus be legally sound, it requires a somewhat schizophrenic approach of the Dutch government (approving the agreement in the Council at EU level and opposing ratification at the national level). Moreover, it may lead to competence disputes since the agreement does not clearly distinguish between EU and Member State competences – even though the list of provisions falling under provisional application could help.

A third scenario is the *status quo*. It may be expected that the Council Decision concluding the AA will not be adopted as long as there is no clarity about the position of the Netherlands. At the same time, it is very unlikely that the Council will unanimously decide upon the withdrawal of the AA's provisional application, even if the Dutch government would indicate its inability to ratify the agreement. If such a Dutch position would prevent the adoption of the Council Decision concluding the agreement, a legal deadlock may thus exist where the provisional application applies indefinitely. Arguably, such an outcome is difficult to justify from a legitimacy point of view. It would be against the very logic of the mechanism of "provisional" application, which anticipates upon the ratification of the agreement. It if

turns out that ratification of an agreement will be impossible, it is hard to justify its continued provisional application. However, termination of the provisional application can only be expected when there is a viable alternative which is acceptable for all parties involved. The result may thus be a vicious circle where the status quo is for the time being the only option. This would not be too problematic since the most significant parts of the agreement already provisionally entered into force. Moreover, the [planned abolition of the visa requirement](#) for short term travels does not depend upon the full entry into force of the AA. This is part of a separate process which only requires the approval of the European Parliament and the Council, which decides by qualified majority on this matter (Art. 77 (2)(a) TFEU).

In sum, whereas the direct legal implications of the Dutch referendum may be limited, the search for an acceptable solution is a delicate political exercise. Whatever the final option will be, it will require political courage to explain the complexities of the EU's system of multi-level governance. Moreover, the Dutch referendum saga rewards a deeper reflection upon the practice of mixed agreements as a tool of EU foreign policy. Opposition against the [EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement \(CETA\)](#) inside Belgium and in the Netherlands as well as the ongoing preparations for a Dutch referendum on the anticipated [Transatlantic Trade and Investment Partnership \(TTIP\)](#) illustrate that this discussion goes beyond the EU-Ukraine AA. In a context where the legitimacy of the European project is under pressure, the importance of this discussion cannot be underestimated.

23 maggio 2016

Tutela dei dati personali e deroghe in materia di sicurezza nazionale dopo l'entrata in vigore del *Privacy Shield*

STEFANO SALUZZO (*)

Dopo diversi mesi di negoziato, la Commissione e il governo statunitense hanno infine raggiunto un accordo sul trasferimento verso gli Stati Uniti di dati personali raccolti nel territorio dell'Unione europea. Il negoziato, per la verità avviato già a partire dalle rivelazioni del *Datagate*, aveva subito una consistente accelerazione dopo l'intervento della Corte di giustizia a seguito della nota sentenza *Schrems* del 6 ottobre 2015. Con la sentenza, la Corte ha annullato la decisione di adeguatezza – fondata sui *Safe Harbour Principles* – che legittimava, ex art. 25 della [Direttiva 95/46](#), il trasferimento di dati verso gli USA (sulla sentenza v. il post di [Nino](#)). Secondo la Corte, infatti, le deroghe alla tutela dei dati personali, contemplate dal sistema *Safe Harbour* e fondate su esigenze connesse alla sicurezza nazionale, avrebbero consentito alle autorità statunitensi un accesso generalizzato e indiscriminato ai dati dei cittadini europei, tale da costituire un pregiudizio del contenuto essenziale del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali ([Schrems](#), par. 94).

Il 12 luglio 2016 la Commissione ha adottato una decisione fondata sui nuovi principi contenuti nel c.d. [Privacy Shield](#), riconoscendo nuovamente l'adeguatezza della tutela offerta dall'ordinamento statunitense.

Va ricordato che, affinché i dati personali raccolti nel territorio dell'Unione possano essere legittimamente trasferiti verso un paese

(*) Università di Palermo.

terzo, la direttiva 95/46 prevede un meccanismo di tutela di tali dati e dei loro titolari nel paese di destinazione. Lo strumento principale previsto a tal fine è proprio la decisione di adeguatezza, con cui la Commissione certifica che il paese terzo offre una tutela “adeguata”, termine che la Corte ha interpretato nel senso di “sostanzialmente equivalente” a quella offerta dall’ordinamento UE (*Schrems*, par. 73). In realtà, una buona parte del traffico di dati trovava comunque la propria disciplina, anche dopo la sentenza *Schrems*, in specifiche clausole contrattuali o nelle norme vincolanti d’impresa, sebbene in queste ipotesi, e a differenza di quanto accade con la decisione di adeguatezza, i trasferimenti debbano sempre essere autorizzati di volta in volta dalle autorità indipendenti. L’adozione di una nuova decisione di adeguatezza è tanto più importante se si considera che le clausole contrattuali standard (c.d. *model clauses*) sono in questo momento oggetto di un ulteriore esame da parte del garante per i dati personali irlandese, in un [procedimento](#) che vede contrapposti Schrems e Facebook e nel quale gli Stati Uniti hanno chiesto di intervenire. Inoltre, il Garante irlandese ha recentemente [comunicato](#) di voler sollevare, con riferimento a detto procedimento, un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Il meccanismo su cui si fonda il trasferimento di dati dall’UE verso paesi terzi ha già ricevuto ampia trattazione in dottrina e si rimanda ad altri contributi per un approfondimento in merito (v. [Kuner](#)). Ciò che interessa in questa sede è offrire una breve panoramica e una prima valutazione delle nuove regole contenute nel *Privacy Shield* in tema di deroghe alle norme sulla protezione dei dati personali giustificate da esigenze connesse alla sicurezza nazionale. Già più di un dubbio di compatibilità con il diritto UE è stato sollevato in relazione a tali deroghe, soprattutto per quanto attiene ad un eventuale futuro sindacato della Corte di giustizia ([Crespi](#)).

Va preliminarmente ricordato che il *Privacy Shield* non costituisce accordo internazionale in senso proprio, essendo composto da una serie di atti unilaterali adottati dalla Commissione e dal governo statunitense volti a regolare in traffico transatlantico di dati. Se dall’adozione di tali atti possa comunque farsi derivare la conclusione di un accordo in forma semplificata è questione cui sembra doversi dare risposta negativa per diverse ragioni. In *primis*, non è mai menzionata, in alcuno degli atti, la volontà di concludere un accordo internazionale, così come vorrebbero gli artt. 12 e 13 della Convenzione di Vienna; inoltre, ai sensi del diritto dell’Unione, la conclusione di un accordo internazionale in *subiecta materia*, anche in forma semplificata, dovrebbe seguire la procedura dell’art. 218 TFUE, che prevede peraltro la previa approvazione del Parlamento europeo. Al contrario, il *Privacy Shield* è essenzialmente costituito da alcuni atti ascrivibili al governo statunitense (in particolare alla *Federal Trade Commission* e al Dipartimento di Stato) e dalla decisione di adeguatezza della Com-

missione, che è un atto esecutivo. Se è vero che, rispetto al precedente *Safe Harbour*, nel caso del *Privacy Shield* la volontaria adesione delle società statunitensi ai principi ivi contenuti si accompagna anche alle espresse assicurazioni e garanzie offerte dal governo americano, non sfugge però che, non trattandosi di obblighi internazionali, tali impegni non siano esigibili da parte dell'UE e rimangano dichiarazioni di valore meramente politico.

Quanto al contenuto, il *Privacy Shield* è costituito da un insieme di principi cui – come già accadeva per il *Safe Harbour* – le società statunitensi possono volontariamente aderire per ottenere la certificazione che consenta loro di ricevere e gestire dati personali provenienti dall'UE. Il fatto che si tratti di un regime applicabile solo sulla base di una scelta di volontaria adesione non dovrebbe precludere la possibilità di ritenere che la tutela prevista sia adeguata, secondo quanto ritenuto dalla stessa Corte di giustizia (*Schrems*, par. 81). Inoltre, l'adesione a tali principi comporta anche la sottoposizione ad alcuni meccanismi di controllo, gestiti da diversi dipartimenti dell'esecutivo statunitense. La parte introduttiva del *Privacy Shield* ([Allegato II, Parte I, punto 5](#)) prevede la possibilità di derogare ai principi sul trattamento dei dati personali quando *a*) ciò sia necessario per soddisfare esigenze di sicurezza nazionale, di interesse pubblico o di applicazione della legge; *b*) la legge (così come una giurisprudenza costante) imponga un obbligo confliggente con i principi o autorizzi l'organizzazione a discostarsi dal rispetto di tali principi, purché l'organizzazione dimostri che le misure in deroga sono strettamente funzionali al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla norma confliggente; *c*) quando eccezioni o deroghe previste dalla Direttiva 95/46 o dalle leggi degli Stati membri dell'Unione siano applicabili per analogia al contesto («in a comparable context») in cui opera l'organizzazione statunitense. La formulazione di tali deroghe appare ancora eccessivamente ampia e di incerta definizione, come recentemente osservato anche dal [Garante europeo per la protezione dei dati](#).

È proprio nei confronti di tali clausole di deroga che si sono concentrate le maggiori critiche al nuovo *Privacy Shield* da parte di diversi organi dell'Unione, intervenuti durante le fasi conclusive del negoziato. In particolare, le critiche si concentrano su alcuni profili attinenti alle garanzie che devono accompagnare l'adozione di misure di interferenza con i diritti fondamentali perché queste ultime possano ritenersi legittime. Tali garanzie, recentemente riassunte in un documento dell'*Article 29 Working Party*, si applicano a tutti i casi di ingerenza nel godimento del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali e fanno parte di quel *corpus* normativo al quale le tutele offerte dagli ordinamenti di Stati terzi devono – secondo il meccanismo delle decisioni di adeguatezza – sostanzialmente equivalere (v. [European Essential Guarantees](#)). Si tratta di garanzie ricavate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU, incentrate

sul rispetto del principio di legalità, sulla rispondenza delle deroghe ai criteri di necessità e proporzionalità e sulla sussistenza di adeguati meccanismi di tutela (non necessariamente giurisdizionali) nelle ipotesi di lesione dei diritti dei singoli.

In particolare, i principi espressi nel *Privacy Shield* e le deroghe ivi previste rivelano almeno due profili di maggiore criticità: il primo riguarda alcune lacune normative in tema di trasferimenti successivi di dati verso un altro paese, diverso dal paese di destinazione (*onward transfers*); il secondo, invece, attiene alla persistente possibilità, per le agenzie di *intelligence* statunitensi, di ricorrere a strumenti di sorveglianza di massa, anche se in ipotesi specificamente previste.

Per “trasferimento successivo” si intende un trasferimento di dati di origine UE da un operatore statunitense verso un paese terzo; in questo caso, cioè, i dati personali raccolti nel territorio dell'Unione transitano verso gli Stati Uniti, per essere poi ritrasferiti verso operatori che hanno sede in un paese diverso. L'ipotesi è regolata dall'*Accountability for onward transfer principle* (di cui al punto 3 del *Privacy Shield*), in base al quale l'operatore statunitense – che abbia aderito al *Privacy Shield* – è tenuto a concludere un contratto con il controllore ricevente che ha sede nel paese terzo, con il quale quest'ultimo si impegna a utilizzare i dati ricevuti per una finalità specifica e definita e a garantire una tutela equivalente a quella garantita dai principi del *Privacy Shield*. Regole analoghe, che non necessitano però di un regime contrattuale *ad hoc*, sono previste quando il soggetto ricevente nel paese terzo operi come agente di un'organizzazione statunitense. Ci si chiede, tuttavia, se questo insieme di regole, previste per il trattamento di dati personali a fini commerciali, sia altresì applicabile al trasferimento di dati verso paesi terzi nei quali tali dati saranno poi raccolti nell'ambito di attività di *intelligence*. La questione si sostanzia nell'individuare quale portata possano avere le deroghe in materia di tutela della sicurezza nazionale nel caso di trasferimenti successivi. Si profilano, in realtà, diversi scenari: può accadere, innanzitutto, che un'organizzazione statunitense trasferisca dati ad operatori privati di paesi terzi in cui vigono regole meno rigide per la raccolta di dati personali da parte delle pubbliche autorità; può, però, anche verificarsi il caso in cui una autorità pubblica statunitense acceda a dati di origine UE e successivamente – nel quadro di una cooperazione investigativa o di *intelligence* – trasferisca tali dati ad agenzie di Stati terzi.

Quanto alla prima ipotesi, secondo il parere dell'*Article 29 Working Party*, le regole in materia di trasferimenti successivi dovrebbero comunque trovare applicazione, quantomeno nel senso di richiedere, all'organizzazione che trasferisce dati UE in un paese terzo, di valutare il livello di tutela offerto dall'ordinamento di quel paese e, se del caso, di sospendere il trasferimento, dopo aver informato il titolare del trattamento. Quando sia lo stesso responsabile del trattamento di ori-

gine UE a conoscere i rischi di un eventuale successivo trasferimento verso un paese terzo e lo autorizzi ugualmente, o partecipi direttamente al trasferimento di dati, tale trasferimento non avverrà sulla base del *Privacy Shield*, ma si configurerà come trasferimento di dati direttamente dall'UE verso lo Stato terzo, con conseguente ricaduta nella disciplina generale di cui agli artt. 25 e 26 della Direttiva 95/46.

Non è chiaro, invece, quali regole siano applicabili alla seconda ipotesi, vale a dire quella del trasferimento di dati da una pubblica autorità statunitense ad un altro soggetto pubblico di un paese terzo. Si tratta, all'evidenza, di una più tradizionale forma di scambio di informazioni tra organi di paesi diversi, la cui peculiarità risiede nel fatto che i dati oggetto di scambio sono soggetti ad un particolare regime di protezione, ad esempio per quanto riguarda la finalità o la durata della loro conservazione. Stante la mancanza di una regola certa e l'impossibilità di replicare l'applicazione analogica di cui si è detto – posto che il trasferimento non avviene tra soggetti privati – resta da definire se, nella fattispecie, esistano obblighi vincolanti per le autorità pubbliche statunitensi. Qualche indicazione in questo senso proviene dall'[accordo tra UE e USA](#) in materia di protezione dei dati personali relativi alla prevenzione e alla repressione di reati (accordo per ora soltanto firmato dalle due parti e non ancora in vigore, in attesa dell'approvazione del Parlamento europeo). L'art. 7 dell'accordo disciplina proprio il caso dei trasferimenti successivi, prevedendo che quando un'autorità di una delle parti del trattato abbia trasferito dati personali alle autorità dell'altra parte, tali dati potranno a loro volta essere trasferiti alle autorità di un paese terzo soltanto previo consenso dell'autorità competente che per prima li aveva trasferiti. Nel prestare il proprio consenso, l'autorità competente dovrà tener conto di una serie di elementi, tra cui la serietà del reato in relazione al quale le informazioni sono state richieste, la finalità in vista della quale i dati erano stati inizialmente trasferiti, nonché il livello di tutela offerto dal paese terzo. Una siffatta disposizione risolverebbe dunque il problema dei trasferimenti successivi, benché non sia facile comprendere, dalla lettera dell'accordo, se esso si applichi anche alle attività di *intelligence* o se sia destinato a regolare lo scambio di informazioni nel solo caso di procedimenti penali. Cionondimeno, rimane priva di una regolamentazione l'ipotesi in cui i dati siano stati trasferiti da un soggetto privato UE ad un soggetto privato statunitense, per poi essere raccolti in territorio americano dall'autorità pubblica e solo successivamente trasferiti in un paese terzo. La mancanza di una regola chiara in quest'ultima ipotesi desta, dunque, più di una preoccupazione, potendo costituire un facile strumento di elusione della disciplina europea.

Il secondo profilo critico, che emerge dalla lettura dei documenti allegati alla nuova decisione di adeguatezza, riguarda la possibilità, per le agenzie di *intelligence* americane, di fare ricorso alla c.d. *bulk collection of data*, vale a dire la raccolta e la conservazione su larga

scala di dati e informazioni personali, senza l'utilizzo di criteri discriminanti. Sebbene la materia sia stata recentemente interessata da alcune modifiche, tra cui quelle apportate dalla [Direttiva Presidenziale 28 del 17 gennaio 2014](#), permangono alcune perplessità circa la compatibilità di intercettazioni massive con i principi di necessità e proporzionalità.

La Direttiva 28, approvata durante la Presidenza Obama, prevede infatti che l'intercettazione di comunicazioni e dati per finalità di *intelligence* sia sempre «as tailored as feasible», dunque riferibile a singoli individui identificati e per motivi specifici. Questa forma di intercettazione non sembra porre problemi particolari, posto che anche la giurisprudenza più recente della Corte di Strasburgo ne ha riconosciuto la legittimità, purché l'esistenza di un ragionevole sospetto nei confronti di un individuo sia verificabile. Inoltre, il soggetto sottoposto a intercettazione deve essere sempre identificato o comunque identificabile (v. Corte EDU, [Zakharov v. Russia](#), par. 264). Rimane in ogni caso qualche dubbio sulla formulazione impiegata dalla Direttiva 28, posto che questa non specifica le circostanze in cui l'intercettazione di singoli individui debba ritenersi non più praticabile.

Ai sensi della Direttiva 28, poi, la *bulk collection* sarà possibile soltanto per finalità espressamente previste: individuazione e contrasto di determinate attività di governi stranieri; lotta al terrorismo; lotta alla proliferazione di armi; *cybersecurity*; individuazione e contrasto di minacce per gli Stati Uniti e per i loro alleati; lotta al crimine transnazionale. Le operazioni di raccolta di dati su larga scala sono sottoposte a una revisione annuale, condotta però da organi afferenti all'esecutivo. È ben evidente che l'ampiezza di tali finalità solleva già di per sé qualche dubbio circa il rispetto del requisito di necessità, almeno come recentemente interpretato nella sentenza *Schrems* (par. 93). Ma ciò che desta maggior preoccupazione è che il perseguimento delle menzionate finalità presuppone un'attività di raccolta dei dati di natura sostanzialmente esplorativa, tanto che la stessa Direttiva 28 ammette che alla raccolta su larga scala si farà ricorso «in certain circumstances in order to identify new or emerging threats and other vital national security information that is often hidden within the large and complex system of modern global communications». Ciò pare altresì confermato dal fatto che la Direttiva 28 consente il ricorso alla raccolta massiva di dati allo scopo di facilitare l'intercettazione di singoli individui. Come appare chiaro, si tratta di una sorta di corto circuito, in base al quale l'intercettazione mirata diviene possibile quando preceduta da una raccolta di dati su larga scala che abbia consentito di individuare una minaccia, con il rischio che l'eccezione della *bulk collection* diventi la regola.

Secondo la Commissione europea, i limiti previsti per il ricorso a tali misure sarebbero conformi ai requisiti di necessità e proporzio-

nalità, poiché la Direttiva 28 impone il ricorso a intercettazioni mirate e, solo in casi eccezionali e per motivi specifici, consente la raccolta di dati su larga scala (*considerando* 76 e 90). Tuttavia, e al di là di quanto già osservato, la motivazione della Commissione sembra non tenere in considerazione la possibilità che la raccolta di dati, qualificabile come *mass surveillance*, sia di per sé stessa incompatibile con il principio di proporzionalità, come da più parti sostenuto (v. UN High Commissioner for Human Rights, [Report on The right to privacy in the digital age](#), par. 25, nonché il parere dell'*Article 29 Working Party*, par. 3.3), rimanendo dunque privo di rilievo il fatto che ad essa si faccia ricorso in circostanze eccezionali. Si tratta di una questione che avrebbe potuto essere auspicabilmente affrontata già in sede di definizione delle norme che presiedono al ricorso a tale tipologia di sorveglianza. Il problema, però, potrebbe essere risolto dalla giurisprudenza in un futuro prossimo, poiché, sia davanti alla Corte EDU (ric. n. 58179/13, ric. n. 62322/14, ric. n. 24960/15) che davanti alla Corte di giustizia (cause riunite C-203/15 e C-698/15; v. anche la richiesta di parere A-1/15 in merito all'accordo con il Canada sui codici di prenotazione dei passeggeri), pendono ricorsi aventi ad oggetto la legittimità dei programmi di sorveglianza di massa. In senso contrario, tuttavia, si è recentemente espresso l'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, nella causa [Tele2 Sverige](#), ritenendo che la possibilità di una raccolta e di una conservazione generalizzata di dati personali non possa ritenersi *a priori* incompatibile con il requisito di proporzionalità, dovendosi di volta in volta ponderare i vantaggi connessi ad operazioni di sorveglianza massiva con i rischi da questa derivanti per i diritti fondamentali degli individui. Nel frattempo, alcuni membri del Parlamento europeo hanno proposto l'adozione di una [risoluzione](#) nella quale si ritiene che la *bulk collection of data*, pur configurandosi come eccezione alla regola delle intercettazioni mirate, da applicarsi secondo il principio di ragionevolezza, non risponda ai requisiti di necessità e proporzionalità di cui alla Carta dei diritti fondamentali.

In conclusione, è certo che i principi codificati nel *Privacy Shield* costituiscano un avanzamento rispetto al sistema precedente. Inoltre, accanto ad un più dettagliato impianto normativo, sono stati inseriti meccanismi di controllo delle operazioni di *intelligence*, la cui configurazione solleva comunque alcuni dubbi quanto alla conformità con le garanzie di terzietà ed indipendenza. Se non altro, è oggi consentito agli individui agire di fronte ad un *Ombudsperson* del Dipartimento di Stato per ottenere un rimedio a fronte della violazione del proprio diritto alla riservatezza e, contestualmente, il [Judicial Redress Act](#) del 2015 ha esteso anche ai cittadini europei la possibilità di agire in sede civile – di fronte al giudice statunitense – per ottenere il risarcimento del danno derivante da intercettazioni illecite. Soltanto una concreta messa in opera dell'intero impianto del *Privacy Shield* consentirà di capire se tali meccanismi saranno in grado di ovviare alle

lacune evidenziate sul piano sostanziale, evitando così che queste ultime si traducano in interferenze indiscriminate e non giustificabili nei diritti dei singoli.

13 settembre 2016

7

Unione europea, politica economica-monetaria e fiscalità

SALVATORE D'ACUNTO *Tax Credit Certificates*: uno strumento di contrasto agli squilibri macroeconomici nell'eurozona

FILIPPO CROCI La Corte di giustizia si pronuncia sul requisito della condivisione degli oneri relativi agli aiuti di Stato alle banche: una "legittimazione" del *bail-in*?

LORENZO FEDERICO And indeed it was a (failed) nullification crisis: The *OMT* judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the *OMT* case
PACE

GIULIA ROSSOLILLO Mercato, fiscalità, sovranità: il trattamento fiscale di *Apple* in Irlanda

MARCO GREGGI Il Tribunale dell'Unione europea prova a scrivere l'ultima pagina sulla fiscalità (immobiliare) degli istituti religiosi in Italia

Tax Credit Certificates: uno strumento di contrasto agli squilibri macroeconomici nell'eurozona

SALVATORE D'ACUNTO (*)

In un saggio di qualche anno fa, Paul Krugman dipinse la crisi dell'Eurozona come l'inevitabile "vendetta" che la *teoria delle aree valutarie ottimali* si stava prendendo nei confronti dei costituenti di Maastricht, colpevoli di averne voluto cocciutamente ignorare gli avvertimenti ([Krugman](#)). Infatti, a dispetto dell'enfasi posta da [Mundell](#), nel suo pionieristico contributo sulle unioni monetarie, sull'importanza di progettare un sistema di coordinamento fiscale in grado di attutire gli effetti degli shock asimmetrici, gli estensori del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFUE) avevano finito per adottare un meccanismo di regolazione delle politiche fiscali dei governi dei paesi membri che, pur di scongiurare non meglio fondati "timori inflazionistici", ne indirizzava uniformemente l'intonazione in senso restrittivo, indipendentemente dalla natura e dalla direzione delle perturbazioni in corso (D'Acunto, *Peculiarità e criticità del modello europeo di sovranità monetaria*, in [Tarantino](#), p. 165-190). Con il risultato che, con l'entrata in vigore del TFUE, le politiche fiscali in Europa hanno agito nel senso di rafforzare sistematicamente, piuttosto che contrastare, gli episodi congiunturali negativi nei paesi colpiti da shock avversi, diffondendone inoltre gli effetti recessivi anche ai paesi in cui gli shock si erano mostrati originariamente con segno favorevole.

La crisi dell'Eurozona appare quindi, a molti commentatori, il frutto delle "irrazionali" regole fiscali che essa stessa si è data ([Fitoussi](#)). È quindi comprensibile che, nelle discussioni sul futuro dell'Eurozona, l'attenzione converga spesso sul problema del coordinamento fiscale. Tuttavia, sebbene recenti prese di posizione da parte

(*) Seconda Università degli Studi di Napoli.

di attori istituzionali storicamente assai ostili a forme di solidarietà fiscale sembrano indicare l'imminenza di una svolta politica in tal senso ([Ayrault et al.](#)), i tempi necessari per la progettazione e l'adozione di un qualche meccanismo di stabilizzazione fiscale di dimensione "federale" sembrano al momento incompatibili con le urgenze dettate dalla gravità della recessione in Europa e dai connessi squilibri macroeconomici. Di conseguenza, gran parte del dibattito si concentra sulle possibilità aperte agli Stati membri di invertire il corso della congiuntura attraverso stimoli di natura fiscale progettati a livello nazionale. Ovviamente, misure di questo tipo si scontrano con il problema comune di dover aggirare i vincoli posti alla dimensione del deficit e del debito pubblico dall'art. 126 del TFUE e dal *Fiscal Compact*, nonché il divieto del finanziamento monetario dei deficit pubblici previsto dall'art. 123 TFUE.

Recentemente, due diversi *team* di studiosi hanno suggerito ai governi dei paesi più colpiti dalla crisi di stimolare la domanda interna mediante l'emissione e la distribuzione di *Tax Credit Certificates* (d'ora in avanti TCC), ossia titoli che conferiscano ai possessori il diritto ad usufruire di un futuro "sconto" sulle prestazioni pecuniarie dovute alla pubblica amministrazione –imposte, tasse, contributi sociali, sanzioni amministrative ([Cattaneo et al.](#), [Bossone et al.](#), [Papadimitriu et al.](#), [Amato et al.](#)). Questo contributo è finalizzato a chiarire i fondamenti teorici di tale proposta, a valutarne le condizioni di efficacia e a discutere alcuni dubbi circa la sua coerenza con il quadro normativo UE.

La riflessione si articola nel modo seguente. Nel par. 1 si fornisce un quadro interpretativo della crisi dell'Eurozona e si valuta il ruolo svolto dalle distorsioni deflazionistiche indotte dal sistema di controllo dei comportamenti fiscali dagli Stati membri risultante dal combinato disposto di TFUE, *Two Pack*, *Six Pack* e *Fiscal Compact*. Nel par. 2 si descrive il funzionamento dei TCC, si chiariscono le ipotesi teoriche su cui si fonda l'aspettativa che la loro emissione eserciti un effetto di stimolo sulla domanda aggregata e sul Pil, e si valutano gli effetti di modalità alternative di applicazione della misura. Nel par. 3 si discute della coerenza della misura con il quadro normativo dell'Unione, e più in particolare con le regole relative alla "sorveglianza preventiva" che la Commissione Europea ha il potere di esercitare sui comportamenti fiscali dei paesi membri. Nel par. 4 si discutono i potenziali effetti destabilizzanti degli stimoli fiscali associati all'emissione di TCC sui conti commerciali dell'Eurozona e si valuta l'opportunità dell'adozione di misure correttive collaterali. Il par. 5, infine, contiene alcune brevi considerazioni di sintesi.

1. Alla vigilia dell'unione monetaria in Europa, la maggioranza degli studiosi si dichiarava fiduciosa nel fatto che la moneta unica avrebbe realizzato una sostanziale unificazione di tutti i mercati na-

zionali dei beni e dei capitali in un unico grande mercato continentale, favorendo la rapida convergenza dei tassi d'interesse nominali e dei tassi d'inflazione. Purtroppo, invece, l'evidenza empirica relativa al primo decennio di vita dell'Eurozona ha confermato una regolarità ben nota agli economisti di filiazione keynesiana, e cioè che gli aggiustamenti nei mercati finanziari e quelli nei mercati dei beni procedono a velocità assai differenti. Dando agli investitori l'assicurazione che la moneta di un paese non sarebbe stata più svalutata rispetto ai partner dell'Eurozona, l'unione monetaria ha effettivamente favorito una rapida convergenza dei tassi di interesse nominali, ma la convergenza dei tassi di inflazione, ostacolata dalle vischiosità derivanti dalle differenze strutturali e istituzionali tra i diversi mercati del lavoro nazionali, è stata assai più lenta. Ne è risultata una divaricazione tra i tassi di interesse *reali* dei paesi "centrali" e "periferici" dell'Unione, una situazione che ha alimentato consistenti flussi di capitale dai primi verso i secondi e favorito la formazione di bolle speculative nel settore immobiliare, in particolare in Spagna, Irlanda e Grecia ([Krugman](#), [Bagnai](#), [Bénassy-Quéré et al.](#), [Amato et al.](#)).

I Paesi periferici hanno quindi potuto godere, nel periodo 2000-2007, di una crescita intensa del PIL pro-capite finanziata dal debito estero. Questa intensa crescita, combinata con la contestuale riduzione della competitività di prezzo nei confronti dei paesi del *core* (ormai non più manipolabile mediante svalutazioni competitive), ne ha tuttavia deteriorato la bilancia commerciale, accelerando ulteriormente l'accumulazione di debito privato. Quando la bolla immobiliare negli Stati Uniti è scoppiata, diffondendo la recessione in Europa e abbassando drasticamente i redditi attesi di famiglie e imprese sovraindebitate, le banche che avevano massicciamente finanziato l'indebitamento privato nei paesi periferici si sono trovate esposte a sofferenze di dimensioni eccezionali. In alcuni paesi, il collasso del sistema bancario è stato evitato soltanto grazie ai salvataggi governativi, che hanno di fatto trasformato una gran parte del debito privato in debito pubblico ([Varoufakis](#), pp. 31-32), ma i salvataggi hanno eroso i già ristretti margini di flessibilità dei governi per interventi fiscali a fini anticongiunturali. A questo si aggiunga che le istituzioni al vertice dell'Eurozona, scambiando cause ed effetti della crisi, hanno ritenuto di poterne venire a capo attraverso dosi massicce di *austerity*, imponendo l'approvazione di una serie di nuove misure intese a rendere ancora più stringente la disciplina fiscale (si veda per una descrizione del sistema di vincoli alle politiche fiscali risultante dal combinato disposto dell'art. 126 TFUE e da queste più recenti misure D'Acunto, Commento all'art. 126 TFUE, in [Tizzano](#)), e costringendo in tal modo la maggior parte dei governi dell'area a brusche correzioni di bilancio. Gli esiti, come è noto, sono stati fino a questo momento contrari alle aspettative: non solo (come era prevedibile) il sovrapporsi della contrazione fiscale al processo di *deleveraging* in atto da parte di famiglie

e imprese ha inasprito la recessione in atto; in aggiunta, determinando una violenta caduta del reddito imponibile e un aumento della spesa per i sussidi, ha di fatto aggravato proprio lo stato delle finanze pubbliche che intendeva risanare.

Nel suo ben noto saggio del 1961, [Mundell](#) aveva sostenuto che squilibri macroeconomici di questo tipo avrebbero potuto essere attenuati se l'area a moneta comune avesse realizzato un sostanziale trasferimento di sovranità fiscale al livello sovranazionale, dotandosi di un bilancio federale di dimensioni consistenti alimentato da imposte proporzionali al reddito e istituendo un sistema di trasferimenti inter-regionali legato all'andamento di indicatori congiunturali. In tal caso, il bilancio federale avrebbe agito da "stabilizzatore automatico", finanziando con i maggiori introiti fiscali prelevati nei paesi interessati dalle fasi espansive i trasferimenti necessari a sostenere i paesi contestualmente colpiti da fenomeni recessivi. Niente di più lontano dall'assetto istituzionale ideato a Maastricht, scientificamente progettato per evitare ogni forma di solidarietà fiscale tra i Paesi membri.

2. L'assenza di meccanismi di coordinamento fiscale e la ormai conclamata inefficacia dei vari strumenti di politica monetaria fin qui impiegati dalla BCE (si veda il precedente contributo sul presente blog, [D'Acunto](#)) spiegano perché, nel dibattito corrente, si registri un rinnovato interesse per iniziative fiscali progettate a livello nazionale. Ovviamente, considerato che il deterioramento dei bilanci pubblici ha sostanzialmente azzerato, nei paesi più colpiti dalla crisi, i già esigui margini di manovra consentiti dal quadro normativo, e considerato inoltre che il finanziamento dei disavanzi pubblici si scontra sia con il divieto di monetizzazione previsto dall'art. 123 TFUE, sia con la diffidenza dei mercati finanziari nei confronti di debitori sovrani che non controllano la moneta in cui i propri debiti sono denominati, la progettazione degli interventi di stimolo fiscale all'attività economica ha assunto inevitabilmente la forma di un esercizio di creatività finalizzato all'elusione di tali vincoli.

In questa prospettiva, ha attirato recentemente molto interesse l'idea che i governi dei paesi più colpiti dalla crisi potessero stimolare l'attività economica attraverso l'emissione e la distribuzione gratuita di TCC. I TCC sono, in sostanza, una particolare tipologia di titoli che: (a) non danno luogo al pagamento di interessi; (b) danno diritto ad uno "sconto fiscale" che può essere fatto valere a partire da 2 anni dal momento dell'emissione; (c) sono negoziabili sul mercato. Queste caratteristiche, a giudizio dei proponenti, ne farebbero uno strumento in grado di iniettare domanda nel sistema senza deteriorare il bilancio dello Stato emittente. Il meccanismo di generazione degli effetti espansivi farebbe leva sull'ipotesi di sostituzione tra spesa e risparmio favorita dall'attribuzione del credito fiscale: i destinatari dei TCC ridurrebbero gli accantonamenti destinati a far fronte ai debiti nei con-

fronti della P.A. e riallocherebbero le proprie disponibilità liquide verso l'acquisto di beni e servizi. E se la loro capacità di spesa fosse condizionata da un vincolo di liquidità, essi potrebbero facilmente aggirare l'ostacolo cedendo i TCC sul mercato: data l'affidabilità dell'emittente, si può infatti presumere che sarebbe relativamente facile convertirli in euro ad un tasso di sconto di mercato. Secondo i proponenti, è anche facile immaginare che i TCC vengano accettati come mezzo di pagamento nelle transazioni, finendo per circolare nel sistema come valuta "parallela" all'euro ([Papadimitriou et al.](#) p. 13, [Bossone et al.](#) p. 3).

Sebbene lo stimolo alla domanda interna poggi in sostanza su un "taglio" del carico fiscale, il deterioramento del bilancio pubblico sarebbe evitato grazie allo sfasamento temporale tra l'impulso espansivo e la correlativa caduta del prelievo fiscale determinata dalla successiva "maturazione" del credito d'imposta. I 2 anni di differimento del diritto ad usufruire dello sconto fiscale sarebbe cioè il tempo necessario al determinarsi di effetti moltiplicativi sufficienti a generare aumenti degli introiti in grado di mantenere stabile il saldo di bilancio in rapporto al Pil. In tal modo, i paesi che applichino tale misura eviterebbero di incorrere nelle censure della Commissione europea per la violazione dell'obbligo di evitare disavanzi eccessivi dettato dall'art. 126 TFUE.

I fondamenti analitici su cui la proposta in oggetto si poggia sono assai controversi. Un primo aspetto problematico, di rilevanza cruciale ai fini della sua efficacia, concerne la presunta attitudine dei TCC a circolare come moneta: solo in tale ipotesi, infatti, agenti assoggettati a vincoli di liquidità ([Eggertson et al.](#)) possono eludere il problema e presentarsi sul mercato in qualità di acquirenti di merci, materializzando la "domanda pagante" necessaria a stimolare la ripresa. I proponenti giustificano questa presunzione con l'adesione alle proposizioni "chiave" della cosiddetta teoria *neo-cartalista* della moneta, un approccio propugnato da alcuni studiosi di matrice post-keynesiana e centrato sull'idea che *qualunque oggetto* possa godere della generale accettazione degli agenti economici come strumento di pagamento, e quindi circolare come "moneta", a condizione che lo Stato (o altra autorità che disponga dei poteri di imposizione fiscale) lo accetti per il pagamento dei debiti fiscali ([Wray, Ingham](#)). Alla luce di questa visione teorica, i TCC sarebbero pertanto strumenti perfettamente adeguati a svolgere funzioni monetarie, consentendo agli agenti desiderosi di spendere – ma privi di liquidità – di colmare il *gap* temporale tra il momento della spesa e la "maturazione" del credito fiscale.

Un altro, e decisamente più serio, motivo di scetticismo concerne l'effettivo innesco dei processi di sostituzione tra spesa e risparmio su cui si fonda l'aspettativa di un incremento della domanda aggregata. Il riferimento teorico richiamato da Bossone et al. nel loro appello per legittimare tale ipotesi è la ben nota metafora della *moneta dagli*

elicotteri dovuta a Friedman ([Friedman](#)) e recentemente rispolverata da studiosi e responsabili del *design* della politica economica ([Bernanke](#), [Buiter](#)). Vale la pena di ricordare, al riguardo, lo scetticismo regolarmente mostrato dagli studiosi di matrice keynesiana circa gli effetti espansivi dei trasferimenti monetari. Il meccanismo di azione di questa tipologia di interventi fa infatti affidamento sull'induzione di comportamenti "sinergici" da parte degli agenti privati che non sono accertabili *a priori*: pertanto, come [Kaldor](#) correttamente osservava in un noto saggio del 1970, la loro efficacia dipende in maniera cruciale da «[...] who (money) it is received by» e «[...] whether the recipients treat it as an addition to their spendable income or to their wealth». I destinatari di un trasferimento monetario potrebbero infatti reagire destinando gran parte dell'aumento del proprio reddito disponibile all'accumulazione di ricchezza e mantenendo sostanzialmente inalterata la spesa, soprattutto se la congiuntura sfavorevole congiura alla formazione di aspettative negative sulle prospettive di reddito future o se, magari per effetto di aspettative deflazionistiche, i mercati delle attività promettono rendimenti significativi in termini reali.

Come si vedrà, la questione è assai rilevante. Dall'intensità dell'impatto espansivo della misura dipende infatti la dimensione dell'incremento degli introiti fiscali e quindi, in ultima analisi, la sua capacità di "autofinanziarsi". Gli estensori della proposta sembrano consapevoli del problema, tant'è che in un successivo contributo hanno provato ad emendarla con la previsione di un complesso meccanismo finalizzato a condizionare il godimento del credito fiscale alla spesa della disponibilità risultante ([Bossone et al. 2015](#)). Sulla questione si tornerà in sede di valutazioni conclusive.

3. Come si è anticipato, il contorto *design* della misura, in particolare il "ritardo" con cui i destinatari dei titoli acquisiscono il diritto a far valere il credito fiscale che ne costituisce il contenuto, è il risultato della necessità di aggirare le norme UE concernenti il rispetto della disciplina fiscale da parte degli Stati membri. Tuttavia, a dispetto dell'opinione di Bossone et al., secondo cui la loro proposta sarebbe «[...] consistent with the existing rules and limitations under the Eurosystem and European institutions» ([Bossone et al.](#) p. 1), la questione della compatibilità della misura con il quadro normativo dell'Unione si presenta a nostro avviso un tantino più complessa di quanto gli estensori ritengano.

Come è noto, il Trattato e fonti normative secondarie attribuiscono alla Commissione europea non solo funzioni di controllo *ex post*, ma anche di *sorveglianza preventiva* sullo stato dei bilanci dei Paesi membri. L'art. 126, par. 3, le attribuisce la facoltà di avviare la procedura d'infrazione anche nell'ipotesi che i criteri previsti dall'art. 126, par. 2 siano stati rispettati, «[...] se ritiene che in un determinato

Stato membro sussista il *rischio* di un disavanzo eccessivo». Analogamente, il reg. n. 1466/1997, all'art. 5, par. 2, prevede che la Commissione possa invitare uno Stato «[...] ad adeguare il suo programma di stabilità» se il programma non prevede un margine di manovra sufficiente per evitare il verificarsi di un disavanzo eccessivo, o se le ipotesi economiche su cui il programma è fondato non sono realistiche, o ancora se le misure adottate e/o proposte non sono adeguate per la realizzazione del percorso prospettato di avvicinamento all'obiettivo di bilancio a medio termine. Queste disposizioni danno di fatto alla Commissione il potere di bloccare qualunque iniziativa degli Stati membri suscettibile di provocare un "presunto" deterioramento di bilancio futuro (Fazi et al. pp. 93-94).

Per valutare se la misura proposta sia coerente con il quadro normativo UE, diventa quindi cruciale il modo in cui si formano le "presunzioni" della Commissione circa gli andamenti dei bilanci dei Paesi membri, e più nello specifico i valori dei "moltiplicatori fiscali" impliciti nei suoi modelli previsivi. Bossone et al., assumendo un valore del moltiplicatore pari a 1.3, simulano gli effetti dell'emissione di TCC per un valore complessivo di 200 bn di euro e prevedono un aumento del Pil del 15% in 3 anni e il ritorno del rapporto deficit/Pil ai valori originari nel giro di 1 anno. Prescindendo da valutazioni concernenti il realismo di questa ipotesi, quello che rileva in questa sede è se il modello previsivo utilizzato dalla Commissione contenga valori altrettanto ottimistici del moltiplicatore.

Sebbene sia difficile ricostruire la struttura dei modelli su cui le autorità di governo dell'economia fondano le proprie valutazioni circa opzioni alternative di *policy*, vari indizi inducono a ritenere che la Commissione Europea basi le proprie valutazioni sull'ipotesi di moltiplicatori fiscali di gran lunga più bassi di quelli immaginati da [Bossone et al. e Blanchard et al.](#), basandosi sugli scostamenti tra tassi di crescita effettivi e previsti relativi a 26 Paesi europei, hanno stimato un valore vicino a 1. La strategia di contrasto alla crisi dell'Eurozona adottata dalla Commissione lascerebbe tuttavia supporre valori ancora più bassi: infatti, se così non fosse, sarebbe difficile comprendere come la Commissione abbia potuto ritenere che dosi massicce di austerità fiscale potessero risanare i bilanci dei Paesi più colpiti dalla crisi, piuttosto che deteriorarli.

Di conseguenza, la coerenza della misura in oggetto con il quadro normativo UE non deve affatto considerarsi scontata. Se il modello di previsione della Commissione lasciasse immaginare effetti moltiplicativi insufficienti a mantenere stabile il rapporto deficit/Pil, scatterebbero fatalmente la censura di Bruxelles e la richiesta di correlate misure correttive. Tanto basterebbe a vanificare gli effetti espansivi della misura: infatti, inducendo negli agenti privati l'aspettativa di nuove imposte e/o di aumento delle tariffe dei servizi pubblici, la censura della Commissione li incoraggerebbe implicitamente a contrarre i

relativi piani di spesa.

Non sembrano sussistere invece problemi di compatibilità con l'art. 128 TFUE, par. 1, che attribuisce alla BCE il monopolio dell'emissione di banconote a corso legale. Infatti, trattandosi di un titolo che obbliga l'emittente al pagamento alla scadenza e che può essere utilizzata come strumento di regolazione dei debiti solo condizionatamente alla fiducia goduta dall'emittente, il TCC sarebbe sostanzialmente assimilabile, sul piano giuridico-formale, alla *cambiale*. Non si può pertanto parlare di "banconota a corso legale", e l'emissione di questa tipologia di strumenti da parte di uno Stato membro non pregiudicherebbe quindi il monopolio che la norma in oggetto assegna alla BCE.

4. In realtà, al di là dei problemi di compatibilità con le regole UE concernenti la disciplina di bilancio, il principale motivo di scetticismo nei confronti dei TCC ha a che fare con le conseguenze degli effetti espansivi della misura in oggetto sull'equilibrio dei conti con l'estero. Infatti, per un verso, è presumibile che l'aumentata domanda interna venga in parte soddisfatta mediante merci importate dall'estero (o da merci prodotte all'interno tramite materie prime importate); per un altro verso, alleviando le pressioni deflazionistiche, l'espansione della domanda interna non può che influenzare negativamente la competitività di prezzo del paese sui mercati internazionali ([Amato et al.](#)). Il sovrapporsi di queste tendenze rischia pertanto di determinare un peggioramento del saldo delle partite correnti: non proprio la cura migliore per paesi alle prese con una recessione in gran parte innescata proprio dagli squilibri dei conti con l'estero.

Gli estensori della proposta, ben consci del problema, hanno provato ad immaginare espedienti correttivi di natura variegata. [Bossonne et al.](#) hanno proposto di destinare una parte dei TCC emessi alle imprese operanti sui mercati esteri in misura proporzionale ai costi del lavoro, in modo da ottenere un abbattimento dei loro costi di produzione analogo all'effetto di una svalutazione. Assai più ambiziosa la soluzione immaginata da [Amato et al.](#), che consisterebbe in una riforma sostanziale del sistema di pagamenti interbancario noto come Target2 in base al principio dell'aggiustamento simmetrico propugnato da Keynes alla conferenza di Bretton Woods.

La prima proposta potrebbe rivelarsi una soluzione assai efficace del problema in oggetto, ma occorre notare che essa solleva qualche dubbio di legittimità alla luce del divieto agli aiuti di Stato prescritto dall'art. 107 TFUE. La seconda proposta merita senz'altro, per la sua complessità, una valutazione più approfondita. Per comprenderne il senso occorre preliminarmente chiarire cosa sia il sistema Target2. In estrema sintesi, Target2 gioca un ruolo cruciale nel finanziare gli squilibri delle bilance dei pagamenti interni all'Eurozona, permettendo ai Paesi in deficit di utilizzare i saldi attivi dei paesi in

surplus dietro corresponsione di un interesse alla BCE. Questo sistema tende tuttavia a distorcere il processo di aggiustamento degli squilibri commerciali in senso deflazionistico: poiché i Paesi in surplus non sopportano alcun costo per l'utilizzo del sistema, hanno convenienza ad accumulare sistematicamente saldi attivi, e il riaggiustamento dei conti commerciali viene quindi integralmente a dipendere dalle politiche deflazionistiche dei paesi in deficit. Queste, comportando a loro volta restrizioni delle importazioni, finiscono per diffondere la deflazione anche ai paesi in surplus.

Gli autori propongono invece di rimodellare Target2 imponendo agli utilizzatori del sistema penalità "simmetriche", indipendentemente dalla posizione di creditore o debitore, e crescenti al crescere della dimensione dei saldi. Il vantaggio di tale meccanismo consiste nel creare un robusto incentivo per i Paesi creditori a praticare politiche espansive, in modo da decumulare i propri saldi attivi. Questo faciliterebbe il rimborso dei debiti da parte dei Paesi in deficit ed eviterebbe l'inasprimento della deflazione nel continente.

Questa proposta va evidentemente al cuore dei problemi dell'Eurozona. Un sistema di disincentivi di natura "simmetrica" al mantenimento di squilibri delle bilance commerciali tenderebbe a generare, per via indiretta, gli stessi esiti del sistema di stabilizzatori fiscali automatici di cui si è tanto lamentata l'assenza nelle sezioni precedenti. I paesi in surplus sarebbero in tal caso indotti a spingere sull'acceleratore della crescita utilizzando i propri margini inutilizzati di autonomia fiscale, fornendo in tal modo sbocchi aggiuntivi ai Paesi in deficit. Questi, a loro volta, godrebbero di un'espansione trainata dalle esportazioni che gli permetterebbe di risanare le finanze pubbliche e di aggiustare il saldo commerciale. Ma allora appare un po' bizzarro presentare questa proposta come una sorta di misura "complementare" all'emissione dei TCC: una riforma di questo tipo con ogni probabilità risolverebbe alla radice i problemi di equilibrio macroeconomico dell'Eurozona, rendendo quindi sostanzialmente superflui gli angusti margini di manovra eventualmente conseguibili con l'emissione di una *quasi moneta*.

Va inoltre rilevato che proprio la natura "radicale" della riforma proposta ne rende, allo stato attuale, sostanzialmente nulli gli spazi di praticabilità politica. Lo scenario che essa disegna appare quanto più lontano si possa immaginare dalla "filosofia" su cui è costruito il modello di regolazione macroeconomica dell'Unione, tutto imperniato sulla fiducia nelle (presunte) virtù del risparmio e dei mercati che permetterebbero di allocarlo a chi ne ha necessità. Sebbene otto anni di recessione abbiano messo a dura prova la fiducia in questo modello, difficile immaginare che le *élites* economiche di Germania e Olanda accettino di buon grado l'idea, implicita nella proposta in oggetto, che essere creditori non è una virtù (e quindi non va premiata) e che si incammino accondiscendenti lungo la via dell'*eutanasia dei rentiers*

indicata da Keynes ottanta anni fa ([Keynes](#), p. 376).

5. Alla luce della discussione svolta nelle sezioni precedenti, si può concludere che contro l'utilizzo dei TCC come strumento di contrasto agli squilibri macroeconomici nell'Eurozona militano fondamentalmente tre ordini di argomenti: (a) l'incertezza circa la dimensione degli effetti espansivi dei trasferimenti monetari; (b) il rischio di incappare nella "tagliola" della sorveglianza preventiva della Commissione europea circa il rispetto della disciplina fiscale; (c) la difficoltà di neutralizzare i prevedibili effetti destabilizzanti della misura in oggetto sull'equilibrio dei conti con l'estero.

Circa il punto (a), nel par. 2 si è sostenuto, in linea con la tradizione teorica keynesiana, che trasferire moneta (nel caso di specie "quasi moneta") ad agenti privati non garantisce affatto che quella moneta arrivi sui mercati dei beni e assuma la forma di domanda pagante. È ovviamente possibile progettare sofisticati meccanismi in grado di condizionare il godimento del trasferimento monetario da parte del destinatario all'effettiva spesa del potere d'acquisto risultante, eliminando quindi il rischio che la moneta emessa si "perda" lungo il tragitto che porta al mercato. Tuttavia, come tutte le misure che implicano un controllo sui comportamenti degli agenti privati, anche queste saranno macchinose e costose. Che poi è il motivo per cui Keynes non perdeva occasione di raccomandare che fosse lo Stato a presentarsi in prima persona negli uffici ordini delle imprese in veste di acquirente, svincolando in tal modo l'effettivo prodursi degli effetti espansivi dal comportamento degli agenti privati. L'unico motivo serio per preferire strumenti "indiretti" di controllo della domanda aggregata è la preferenza (ideologica) eventualmente accordata al principio della libertà di scelta individuale rispetto ad un principio "paternalistico". Ma se la condizione per l'efficacia della misura è la predisposizione di un meccanismo esecutivo che priva di fatto gli individui della libertà di scelta, il senso dell'avversione per le politiche di spesa direttamente gestite dallo Stato diventa difficile da comprendere.

Circa il punto (b), nel par. 3 si è sostenuto che, almeno finché nelle istituzioni dell'Unione non maturerà una visione più realistica e meno ideologica circa il modo in cui funziona il sistema economico, ci sono ottime ragioni per ritenere che misure come l'emissione di TCC rischino di incappare nelle censure della Commissione. Ovviamente con ciò non si vuole dire che non valga la pena provarci, ma solo che è impossibile pensare di provarci senza preventivamente concordarlo con Bruxelles. È quindi illusorio credere che i TCC possano rappresentare uno strumento in grado di riaprire uno spazio di sovranità fiscale ai paesi membri. Gli strumenti di regolazione dei comportamenti fiscali dei paesi membri da parte della Commissione sono infatti diventati talmente penetranti e pervasivi da non lasciare più alcun margine di autonomia al livello statale.

Circa il punto (c), nel par. 4 si è chiarito che gli stimoli fiscali iniettati nell'economia mediante l'emissione di TCC da parte dei paesi più colpiti dalla crisi non potranno che deteriorare i loro già non brillanti saldi delle partite correnti, e che la compatibilità della ripresa con il mantenimento dell'equilibrio dei conti con l'estero può quindi essere assicurata solo grazie ad una radicale (e poco realistica) riforma del sistema di compensazione dei saldi finanziari oppure, più modestamente, grazie all'applicazione di una generosa benda sugli occhi della Commissione che nasconda l'uso sostanzialmente protezionistico dello stimolo fiscale. E, a dispetto della loro diversità, riforme radicali e "bende sugli occhi" richiedono entrambe la maturazione di una consapevolezza condivisa della crisi irreversibile di questo modello d'integrazione economica e della necessità di ridiscuterne non solo le regole, ma probabilmente anche i più radicati fondamenti filosofici.

7 luglio 2016

La Corte di giustizia si pronuncia sul requisito della condivisione degli oneri relativi agli aiuti di Stato alle banche: una “legittimazione” del *bail-in*?

FILIPPO CROCI (*)

Come è noto, per contrastare la crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Unione europea ed i suoi Stati membri a partire dal 2007, è stato necessario, in molti casi, introdurre modifiche alla disciplina vigente, o addirittura mettere in atto veri e propri “cambi di paradigma”. Un esempio emblematico, in tal senso, è costituito dal settore bancario e finanziario, che è stato oggetto, nel volgere di pochi anni, dapprima di specifiche deroghe alla normativa dell'Unione sugli aiuti di Stato e, successivamente, di una serie di riforme volte alla creazione di un'unione bancaria. Le prime sono state concesse dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. *b*), TFUE – che consente di considerare compatibili con il mercato interno «gli aiuti destinati [...] a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» – sulla scorta di varie comunicazioni (c.d. *crisis communications*), la più recente delle quali è la [comunicazione](#) relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (di seguito, la “comunicazione sul settore bancario” o la “comunicazione del 2013”). L'Unione bancaria, invece, è stata realizzata (*rectius*, è in corso di realizzazione) mediante l'adozione di atti di diritto derivato, con l'obiettivo di rendere il settore finanziario maggiormente solido, sicuro ed affidabile, anche attraverso la risoluzione delle banche economicamente non sostenibili, senza aggravari per le finanze pubbliche e con il minimo impatto sull'economia reale (il c.d. *burden sharing*, poi evoluto nel *bail-in*).

È in tale quadro che si inserisce la sentenza [Kotnik e a.](#) (di se-

(*) Università di Torino.

guito, “*Kotnik*”), pronunciata il 19 luglio scorso dalla Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale promosso, per la prima volta, dalla Corte costituzionale slovena (Ustavno sodišče). I ricorrenti nel procedimento dinanzi a quest’ultima hanno messo in dubbio la legittimità costituzionale di varie disposizioni della legge nazionale sul settore bancario, le quali, secondo quanto risulta dall’ordinanza di rinvio pregiudiziale, «mirano a trasporre nel diritto nazionale la comunicazione sul settore bancario, per consentire alle autorità nazionali di accordare alle imprese di tale settore aiuti compatibili con il mercato interno» (sentenza *Kotnik*, punto 29). La Corte costituzionale slovena ha dunque sottoposto alla Corte di giustizia diverse questioni pregiudiziali relative alla validità ed all’interpretazione di tale comunicazione, con particolare riguardo al requisito – previsto ai punti da 40 a 46 della stessa – del c.d. *burden sharing* (o condivisione degli oneri). Poiché esso presenta forti analogie con il meccanismo del *bail-in*, uno dei principi fondamentali dell’Unione bancaria, la pronuncia in commento fornisce spunti anche rispetto a taluni profili di quest’ultimo istituto, pur non rilevante, *ratione temporis*, nel caso di specie.

La Corte di giustizia si è espressa su tali questioni in un momento peculiare, caratterizzato da ampie discussioni sulla solidità del sistema bancario di alcuni Stati membri, Italia *in primis*, e da forti timori legati all’applicazione delle norme dell’Unione sulla risoluzione delle banche. In vari articoli di stampa pubblicati nei giorni immediatamente successivi alla sentenza *Kotnik*, tale pronuncia è stata letta come una “legittimazione” del *bail-in*, suscettibile di segnare un punto di svolta nelle trattative tra il governo italiano e la Commissione europea in merito al salvataggio del Monte dei Paschi di Siena (v., ad esempio, [qui](#)). Pare quindi opportuna una riflessione sulla portata effettiva della sentenza, dopo una breve rassegna delle principali analogie e differenze tra il requisito della condivisione degli oneri e il *bail-in* previsto nell’ambito dell’Unione bancaria.

Il burden sharing e il bail-in

La comunicazione sul settore bancario, adottata dalla Commissione il 10 luglio 2013, è la settima delle c.d. *crisis communications* (per l’elenco completo, v. [qui](#) e [qui](#), *sub* “Financial sector”) e, *inter alia*, rafforza il criterio della condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati delle banche, già contenuto – quantomeno in forma embrionale – nella [comunicazione, del 23 luglio 2009, sul ripristino della redditività e la valutazione delle misure di ristrutturazione del settore finanziario nel contesto dell’attuale crisi in conformità alle norme sugli aiuti di Stato](#) (spec. punto 22 ss.). In particolare, i punti da 40 a 46 della comunicazione del 2013 mirano a consentire interventi statali in favore di istituti bancari in difficoltà soltanto quando le perdite siano state assorbite, in prima battuta, dagli azionisti e dai detentori di capitale ibrido e di debito subordinato. Tale

condizione (*burden sharing* o condivisione degli oneri) è generalmente ritenuta una tappa del progressivo passaggio dal *bail-out* – ossia l'intervento degli Stati per risollevarle (letteralmente, “tirare fuori”) le banche dal dissesto – al *bail-in*. Quest'ultima espressione, coniata nel 2008 proprio in opposizione a *bail-out* (cfr. [Sommer](#), p. 207; [Presti](#), p. 340 s.), indica, per l'appunto, la priorità del “sacrificio” degli azionisti e degli obbligazionisti di una banca, rispetto agli interventi finanziati con risorse statali e, dunque, posti a carico della generalità dei contribuenti. In tal modo, il *bail-in* contribuisce a ridurre il *moral hazard* derivante dalla consapevolezza di poter beneficiare, in ogni caso, del sostegno pubblico, in applicazione del principio del c.d. *too big to fail* (ovvero del c.d. *too interconnected to fail*), così favorendo una maggior responsabilizzazione del *management* degli istituti bancari.

A seguito dell'adozione, nel contesto dell'Unione bancaria, della [direttiva 2014/59/UE](#) (di seguito, “BRRD”, acronimo di “Bank Recovery and Resolution Directive”) e del [regolamento \(UE\) n. 806/2014](#) (di seguito, “regolamento SRM”, dall'acronimo di “Single Resolution Mechanism”), l'espressione *bail-in* non ha più soltanto il significato generale appena visto. Essa designa altresì specifiche categorie di misure previste dai predetti atti, segnatamente: (i) il *bail-in* propriamente detto, che rappresenta uno dei quattro strumenti di risoluzione contemplati dagli atti in questione (artt. 43-55 della BRRD; art. 27 del regolamento SRM); e (ii) il potere di svalutare o di convertire gli strumenti di capitale (artt. 59-62 della BRRD; art. 21 del regolamento SRM; *amplius* sulla distinzione in parola cfr. [Wojcik](#), spec. p. 106 ss.).

Condizione fondamentale per l'applicabilità del *bail-in* nel quadro dell'Unione bancaria (artt. 34, par. 1, lett. g), e 73, lett. b), della BRRD; art. 15 del regolamento SRM), come già del *burden sharing* di cui alla comunicazione sul settore bancario (punto 46 della stessa), è il rispetto del principio del c.d. *no creditor worse off*. In base a tale principio, nessun creditore della banca deve sostenere perdite più ingenti di quelle che avrebbe sostenuto se essa fosse stata liquidata con procedura ordinaria di insolvenza, ovvero, per quanto riguarda la condivisione degli oneri, in caso di mancata concessione di aiuti di Stato.

Il *burden sharing* e il *bail-in* ai sensi della BRRD e del regolamento SRM, dunque, hanno numerosi tratti in comune, entrambi costituendo meccanismi di *bail-in* in senso ampio, e, sotto il profilo funzionale, sono sostanzialmente equivalenti, come rilevato dall'avvocato generale Wahl nelle [conclusioni](#) presentate il 18 febbraio 2016 nella causa *Kotnik e a.* (spec. nota 72; nello stesso senso cfr. [Wojcik](#), cit., p. 105 s.). Occorre tuttavia segnalare due importanti differenze tra i criteri in parola. La prima, come è evidente, consiste nella diversa cornice normativa di riferimento: la condivisione degli oneri è una condizione posta da una comunicazione della Commissione, cioè da un atto

di *soft law* o quanto meno atipico, nell'ambito della disciplina sugli aiuti di Stato; al contrario, il *bail-in* è un meccanismo previsto da tipici atti vincolanti, nel contesto dell'Unione bancaria. Correlati al differente quadro legale, diversi sono i soggetti cui spetta il potere di mettere in atto i due meccanismi: per la condivisione degli oneri, gli Stati membri, sotto il controllo (di compatibilità con il mercato interno) della Commissione europea; per il *bail-in*, alternativamente, il Comitato di risoluzione unico o le autorità nazionali di risoluzione (sul punto cfr., ad esempio, [Alberti](#)). Il secondo elemento di distinzione concerne l'ambito di applicazione, che per *bail-in* è maggiormente esteso, comprendendo non soltanto le azioni e le obbligazioni subordinate, ma altresì le obbligazioni ordinarie e i depositi di importo superiore a 100.000 euro, per la parte eccedente tale somma (i depositi di valore pari o inferiore alla predetta soglia, invece, sono sempre esclusi dal *bail-in* e sono coperti dai sistemi di garanzia dei depositi). Anche a causa di un così ampio raggio d'azione, l'attuazione del *bail-in*, non a caso posticipata di un anno rispetto al termine iniziale di applicazione della BRRD, è stata accompagnata da forti, e non sedate, polemiche (con riferimento all'Italia v., ad esempio, [qui](#) e [qui](#); v. inoltre le [Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia sul 2015](#), spec. p. 14 s.).

Le principali questioni affrontate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kotnik*

Pronunciandosi sui sette quesiti pregiudiziali proposti dalla Corte costituzionale slovena, la Corte di giustizia ha chiarito diversi profili controversi in relazione alla comunicazione sul settore bancario ed ai suoi rapporti con vari principi e atti dell'Unione (tra i primi commenti alla sentenza *Kotnik*, cfr. [Tosato](#)).

Prima di procedere all'analisi del "merito" della causa, la Corte di Lussemburgo ha vagliato la ricevibilità del rinvio pregiudiziale. Sia la Commissione, sia il governo sloveno, infatti, avevano espresso dubbi sulla competenza della Corte a rispondere ai quesiti relativi ai punti da 40 a 46 della comunicazione del 2013, atteso che tale atto non sarebbe produttivo di effetti giuridici diretti nei confronti di terzi. Sul punto, la Corte si limita a rilevare che la causa *Kotnik e a.* riguarda la conformità, in relazione a varie disposizioni del diritto dell'Unione, della condizione di condivisione degli oneri, posta dalla Commissione ai fini della valutazione di compatibilità con il mercato interno – *ex art. 107, par. 3, lett. b)*, TFUE – degli aiuti di Stato al settore bancario: «la validità di una simile condizione deve poter essere verificata» – afferma la Corte – nell'ambito del procedimento di rinvio pregiudiziale (sentenza *Kotnik*, punto 33). È nota, del resto, la tendenza della Corte ad interpretare estensivamente la portata dell'art. 267 TFUE, *sub specie* con riguardo alle categorie di atti che possono formare oggetto di una pronuncia pregiudiziale (come dimostra, da ul-

timo, la sentenza [Gauweiler e a.](#); in precedenza, cfr., ad esempio, [Grimaldi](#), spec. punti 7-9). Nel caso in commento, la scelta di procedere all'esame delle questioni pregiudiziali di validità proposte dal giudice del rinvio, ritenute ricevibili dalla Corte, conduce indubbiamente ad un rafforzamento del controllo giurisdizionale, anche in considerazione dell'impossibilità, per i ricorrenti nel procedimento nazionale, di contestare un atto quale la comunicazione sul settore bancario mediante ricorso per annullamento *ex art. 263 TFUE*.

L'efficacia giuridica della comunicazione sul settore bancario

Con il primo quesito pregiudiziale, la Corte costituzionale slovena ha chiesto alla Corte di giustizia se la comunicazione sul settore bancario abbia effetto vincolante nei confronti degli Stati membri che intendano porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia mediante aiuti di Stato in favore di istituti bancari.

La Corte di giustizia, in primo luogo, richiama la propria giurisprudenza secondo cui la Commissione, adottando orientamenti sui criteri di compatibilità di misure di aiuto previste dagli Stati membri, «si autolimita nell'esercizio [del suo] potere discrezionale e non può, in linea di principio, discostarsi da tali norme, pena una sanzione, eventualmente, a titolo di violazione di principi giuridici generali, quali la parità di trattamento o la tutela del legittimo affidamento» (sentenza [Grecia c. Commissione](#), punto 69 s. e giurisprudenza *ivi citata*). L'effetto delle norme di comportamento in questione, così circoscritto, implica che la Commissione non possa rinunciare all'esercizio del potere discrezionale conferitole dall'art. 107, par. 3, TFUE, dovendo in ogni caso (i) esaminare le specifiche circostanze eccezionali invocate da uno Stato membro ai fini dell'applicazione diretta di una deroga prevista dalla predetta disposizione e (ii) motivare un eventuale rifiuto di accogliere una siffatta richiesta (sentenza [Kotnik](#), punto 41).

In secondo luogo, con riferimento al caso di specie, la Corte osserva che il punto 45 della comunicazione sul settore bancario contempla espressamente la possibilità, per gli Stati membri, di derogare al requisito della condivisione degli oneri ove l'attuazione delle misure previste ai punti 43 e 44 della medesima comunicazione (essenzialmente, riduzione del debito subordinato e/o conversione dello stesso in capitale proprio) «metterebbe in pericolo la stabilità finanziaria o determinerebbe risultati sproporzionati». Gli Stati membri conservano, quindi, «la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali» (sentenza [Kotnik](#), punto 43). Per tali ragioni, ad avviso della Corte, la comunicazione sul settore bancario non è idonea a creare obblighi autonomi in capo agli Stati membri.

Le predette considerazioni consentono alla Corte di rispondere anche al sesto quesito pregiudiziale, ossia se, nell'ipotesi in cui una banca non soddisfi i requisiti patrimoniali obbligatori previsti dalla normativa dell'Unione (e, dunque, il capitale non sia sufficiente ad assorbire le perdite), le misure di cui sopra – di riduzione o conversione del debito subordinato – siano un prerequisito per la concessione di aiuti o se possano essere applicate in misura proporzionale. La Corte, nel riaffermare la non obbligatorietà delle condizioni poste dalla comunicazione del 2013, e facendo salve le citate eccezioni di cui al punto 45 della stessa, precisa tuttavia che, qualora gli aiuti di Stato non siano limitati al minimo necessario (come richiede il punto 15 della comunicazione), «[l]o Stato membro, come le banche beneficiarie degli aiuti di Stato di cui trattasi, si assumono il rischio di vedersi opporre una decisione della Commissione che dichiara l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato interno» (sentenza *Kotnik*, punto 100).

La compatibilità del burden sharing con le norme primarie sugli aiuti di Stato

Quanto alla compatibilità dei punti da 40 a 46 della comunicazione sul settore bancario con gli artt. 107-109 TFUE, oggetto del secondo quesito pregiudiziale, la Corte di giustizia rileva innanzitutto che i servizi finanziari rivestono un ruolo centrale nell'economia dell'Unione, poiché costituiscono una fonte essenziale di finanziamento per le imprese; inoltre, il fatto che le banche siano spesso interconnesse, con conseguenti rischi di contagio in caso di difficoltà di una di esse, può comportare ricadute negative in altri settori dell'economia (sentenza *Kotnik*, punto 50). In tale contesto, il ricorso all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE – su cui si fonda, come visto, la comunicazione sul settore bancario – è ancor più giustificato in considerazione degli sconvolgimenti che hanno colpito numerosi Stati membri nel corso della crisi (*ivi*, punto 51).

Con particolare riguardo alla condivisione degli oneri, la Corte afferma, sotto il profilo sostanziale, che tale requisito risulta ispirato alla duplice finalità di limitare al minimo necessario gli aiuti di Stato al settore bancario e di ridurre le distorsioni concorrenziali nel mercato interno, contribuendo altresì ad ovviare al problema del *moral hazard* (*ivi*, punti 54 e 58). Dal punto di vista procedurale, poi, l'adozione della comunicazione sul settore bancario non ha comportato uno sconfinamento, da parte della Commissione, nelle competenze attribuite al Consiglio dalle norme sugli aiuti di Stato. Infatti, la comunicazione del 2013, per un verso, non incide sul potere riconosciuto al Consiglio dall'art. 108, par. 2, comma 3, TFUE; per altro verso, non trattandosi di atto vincolante, essa non può costituire un regolamento ai sensi 109 TFUE (*ivi*, punto 59). Per tali ragioni, i punti da 40 a 46 della comunicazione del 2013 non contrastano con la normativa

primaria sugli aiuti di Stato.

Il principio della tutela del legittimo affidamento e il diritto di proprietà

Con riferimento alla tutela del legittimo affidamento – principio generale del diritto dell’Unione – la Corte ricorda che, secondo la giurisprudenza costante, tale principio può essere invocato soltanto da un soggetto che abbia ricevuto dalle competenti autorità dell’Unione «rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili» (sentenza *Kotnik*, punto 62 e giurisprudenza ivi citata). Non risulta che, nel caso di specie, siano state fornite agli azionisti, né ai creditori subordinati, simili rassicurazioni, non essendo rilevante, in tal senso, il fatto che questi ultimi non fossero stati chiamati a contribuire al salvataggio degli istituti bancari durante la prima fase della crisi. Nemmeno la mancata previsione di un periodo transitorio per l’applicazione del *burden sharing*, secondo la Corte, integra una violazione del legittimo affidamento degli azionisti e dei creditori subordinati, in considerazione dell’interesse pubblico inderogabile perseguito dalla Commissione (sentenza *Kotnik*, punto 68 e giurisprudenza ivi citata), ossia garantire la stabilità del sistema finanziario, evitando una spesa pubblica eccessiva e minimizzando le distorsioni concorrenziali.

Quanto poi alla compatibilità della condivisione degli oneri con il diritto di proprietà, garantito dall’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, la Corte fonda il suo ragionamento, ancora una volta, sull’efficacia non vincolante, per gli Stati membri, della comunicazione sul settore bancario. In particolare, poiché tale comunicazione non richiede forme o procedure particolari per l’adozione di misure di *burden sharing*, è ben possibile che queste ultime siano «adottate volontariamente dagli azionisti, attraverso un accordo tra l’istituto di credito interessato e i creditori subordinati, il che non può essere considerato come un’ingerenza nel loro diritto di proprietà» (sentenza *Kotnik*, punto 72).

Se per gli azionisti non si pongono particolari criticità, essendo pacifico che tali soggetti assumono *in toto* il rischio dei propri investimenti, maggiori problemi potrebbero sorgere con riferimento ai creditori subordinati. Tuttavia, la Corte “promuove” la condivisione degli oneri anche sotto questo profilo, atteso che, da un lato, i predetti creditori contribuiscono a ridurre la carenza di capitale, ai sensi della comunicazione sul settore bancario, solo una volta che le perdite siano state in primo luogo assorbite dal capitale e soltanto se non vi sono altre possibilità; dall’altro lato, il punto 46 della comunicazione pone, in riferimento a tali soggetti, il citato principio del c.d. *no creditor worse off* (sentenza *Kotnik*, punto 77). Pertanto, conclude la Corte, le misure di *burden sharing* non possono comportare, per il diritto di proprietà dei creditori subordinati, un pregiudizio che essi non avrebbero subito

in caso di fallimento della banca.

Conclusione... o inizio di una nuova saga giudiziaria sulla legittimità del *bail-in*?

La sentenza *Kotnik* costituisce un'importante conferma della gestione degli aiuti di Stato alle banche, nel corso degli ultimi anni, da parte della Commissione europea (in merito alla quale sia consentito rinviare a [questo contributo](#)); peraltro, non tutti i passaggi del ragionamento svolto dalla Corte di giustizia appaiono pienamente convincenti.

In primo luogo, dalla lettura della pronuncia emerge come la “legittimazione” del *burden sharing* da parte della Corte derivi, per molti aspetti, dalla risposta data al primo quesito pregiudiziale, relativo alla vincolatività della comunicazione sul settore bancario. Non essendo possibile approfondire, in questa sede, il problema dell'efficacia giuridica degli atti di *soft law* adottati dalla Commissione, ci si limita ad osservare come la sentenza in commento non sembri in grado di superare le rilevanti ambiguità che da sempre connotano tale tema. Ancorché non formalmente vincolanti per gli Stati membri, le comunicazioni della Commissione, di fatto, spesso condizionano notevolmente gli interventi di questi ultimi, come è dimostrato, nel caso di specie, dalla circostanza che le norme nazionali controverse siano state adottate, come si è visto, al fine di «trasporre nell'ordinamento nazionale la comunicazione sul settore bancario» (sentenza *Kotnik*, punto 29). Se è vero che nessun obbligo di recepimento era previsto (ovviamente) in capo agli Stati membri, è nondimeno singolare – anche in considerazione della tradizionale ritrosia degli Stati membri nella corretta e tempestiva trasposizione degli atti “comunitari” – che la Slovenia abbia ritenuto di procedere sostanzialmente in tal senso, rendendo vincolanti, ai sensi del diritto interno, previsioni che non lo erano secondo il diritto dell'Unione.

Con riguardo, poi, alla compatibilità del *burden sharing* con il diritto di proprietà, l'analisi della Corte – nonostante l'importante valorizzazione del principio del c.d. *no creditor worse off* – pare piuttosto sintetica (anche rispetto alle riflessioni svolte, in proposito, dall'avvocato generale Wahl nelle conclusioni: cfr. punti 71-92), alla luce del fatto che la questione dei rapporti tra tale diritto e misure adottate nei confronti delle banche è stata oggetto, recentemente, di significative pronunce.

Ad esempio, la Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*), con [sentenza del 3 – 28 luglio 2015](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della normativa nazionale adottata per la riorganizzazione dell'istituto bancario *Hypo Alpe Adria*. Tale normativa, peraltro, si distingueva dalla disciplina dettata dalla BRRD e dal regolamento SRM, in quanto: (i) differenziava le posizioni dei creditori subordinati sulla scorta del mero dato temporale relativo alla sca-

denza dei rispettivi crediti, così introducendo un'irragionevole disparità di trattamento; e (ii) non contemplava il principio del c.d. *no creditor worse off* (*amplius*, tra i vari contributi, cfr. Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 1485 ss.).

La Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, nel caso [*Grainger and others v. United Kingdom*](#) ha ritenuto inammissibile il ricorso con cui alcuni azionisti della banca inglese *Northern Rock* avevano chiesto che fosse loro riconosciuto un indennizzo, ai sensi dell'art. 1, Protocollo 1, CEDU, a seguito della nazionalizzazione di tale istituto. In particolare, la Corte di Strasburgo ha attribuito rilevanza alle eccezionali ragioni di interesse generale poste alla base dell'intervento del legislatore nel caso di specie, nell'ottica di scongiurare il *moral hazard* (punto 42 della decisione).

Al di là della soluzione che sarà individuata, nel caso *Kotnik*, dalla Corte costituzionale slovena, è probabile che nuovi ricorsi saranno proposti non soltanto in merito al *burden sharing*, ma soprattutto avverso misure di *bail-in* adottate nel quadro dell'Unione bancaria (gli aiuti di Stato alle banche dovrebbero essere, nel nuovo contesto normativo, sempre più rari: sul punto, cfr. [Nicolaidis](#)). In proposito, con riguardo all'ordinamento italiano, è stato posto in rilievo il potenziale contrasto tra il *bail-in* e taluni principi costituzionali, tra i quali la tutela del risparmio garantita dall'art. 47 della Costituzione (v., ad esempio, [qui](#)), a motivo dell'impatto di tale strumento sui depositi bancari.

Varie questioni, dunque, restano aperte, anche in ragione delle menzionate differenze tra *burden sharing* e *bail-in* e della conseguente impossibilità di applicare (integralmente) a quest'ultimo l'interpretazione fatta propria dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kotnik*. Sotto questo profilo, non è certo condivisibile la tendenza – emersa, come si è anticipato, in alcuni commenti “a caldo” – ad una lettura, per così dire, strumentale della pronuncia, vista come una legittimazione *tout court* del *bail-in* previsto nell'ambito dell'Unione bancaria, ovvero come un'apertura all'esigenza di erogare aiuti pubblici alle banche in dissesto ottenendo deroghe alla disciplina posta dalla BRRD e dal regolamento SRM. Ciò, con tutta evidenza, è ben lontano da quanto affermato nella sentenza *Kotnik* dalla Corte di giustizia, che auspicabilmente avrà modo, in futuro, di pronunciarsi anche su tali aspetti.

30 agosto 2016

And indeed it was a (failed) nullification crisis: The *OMT* judgment of the German Federal Constitutional Court and the winners and losers of the final showdown in the *OMT* case

LORENZO FEDERICO PACE (*)

1. Introduction

In an article of mine on the *OMT* case of early 2016 I had anticipated that: «Against the generalized criticism of the preliminary reference of the *BVerfG*, and also of the convincing *Gauweiler* judgment, the German Court is unlikely to confirm the final judgment in its assessment of the unconstitutionality of the OMT, leaving it then space only for the formulation of general disapproving criticism» ([Pace](#)). The German Court issued on 21 June 2016 a [judgment](#) that decides, after the 2015 [Gauweiler judgment](#) of the Court of Justice, the “*OMT* case”. In this judgment the *BVerfG*, in contrast to what was telegraphed in its 2014 preliminary reference, confirmed the legality of the OMT program. In the reasoning of the judgment, the *BVerfG* criticizes some aspects of the *Gauweiler* judgment and sets out some additional implementing conditions to the OMT program. These are not provided for in the *Gauweiler* judgment but are implicitly contained in the 2012 ECB decision. The *BVerfG* in its judgment decided the various pleas of constitutionality proposed before it in October 2012. As is well known, the OMT program is the crisis management tool for an effective protection exercise of monetary policy adopted by the ECB in 2012 in one of the more virulent periods of the Eurozone crisis (on

(*) Università del Molise; *Atlantic Council*, Washington D.C..

the OMT see [D'Acunto](#) in this Blog).

Basically, the *OMT* case represents an attempt by the *BVerfG* to “impose” changes to the OMT requirements, with subsequent effects for all Member States of the Eurozone. The *BVerfG* claimed that, in the absence of these modifications, the *BVerfG* would have declared the OMT unconstitutional. The Court of Justice however confirmed in the *Gauweiler* judgment the legality of the OMT program as formulated by the ECB in 2012. From the point of view of the Court’s judgment, the *BVerfG*’s attempt to influence the content of the OMT program therefore failed.

With the present post, I would like firstly to put the *BVerfG* judgment into the context of a drawn-out conflict between the German Republic and the European Union regarding the setting up of the crisis management tool in the area of monetary policy, the SMP program in 2010 and the OMT program in 2012. Secondly, I would like to show the contrary of what the *BVerfG* claims in its judgment, namely that the Court of Justice accepted in its judgment the “requests” of the German Court issued in its preliminary reference. In fact, the *BVerfG*, in order to demonstrate that the Court of Justice complied with the questions formulated in the preliminary reference relies on principles not contained in that judgment (see for instance, the alleged ECB obligation to limit *ex ante* the volume of purchases under the OMT program – see *infra*, para. 7). It appears more reasonable to read the German Court’s conclusions on the legality of the OMT program as an attempt to avoid a confrontation with the Court of Justice that could have resulted in a significant institutional crisis. Such a crisis would have been comparable, as I wrote in the earlier article, to the 1832 US nullification crisis started following the enactment of the 1828 Tariff Act ([Pace](#), para. 6). The *BVerfG* conclusion has probably been influenced by the well-reasoned *Gauweiler* case as well as by widespread criticism of it in legal scholarship *vis-à-vis* the preliminary reference to the Court of Justice (however see, *inter alia*, the positive attitude *vis-à-vis* the *BVerfG* reference by the [Kronberger Kreis](#)).

I propose to focus the present post only on the operative part of the *BVerfG* judgment; that is, the final 46 paragraphs of the 220 paragraphs of the judgment (specifically, paras. 174-220). As noted in my analysis of the OMT preliminary ruling, in that case there was a significant difference (if not contradiction) between the “theoretical” and the “operative” part of the preliminary reference.

2. The Eurozone financial crisis as a regulatory crisis and the legal means singled out for its solution

The Eurozone financial crisis is the consequence of the choice of Member States, at the time of the creation of Economic and Monetary Union, not to establish institutions to tackle EMU economic and monetary crises. The absence of such institutions was justified in the

following terms by the former member of the ECB Executive Board, Jürgen Stark: «There were no bailouts or rescue facilities because they weren't ever supposed to be necessary» (as reported by [Zhong](#)). In other words, prior to the crisis, owing to a problem of unsatisfactory regulation by the Member States (based nevertheless on a clear political choice), there were no institutional tools to counter systemic crises relating to Member States' public debt or to address the impact of a crisis on the ECB's monetary policy.

The cause of the onset of the Eurozone crisis in October 2009, as now agreed by many and recently acknowledged by the President of the *Bundesbank*, Jens [Weidmann](#) (para. 3.2), was the 2003 decision of France and Germany to breach the Stability Pact without being sanctioned (on this point, see [Pace](#), p. 2162). The *de facto* suspension of the Stability and Growth Pact, along with the severe limitations of the European statistical system for the correctness of the budgetary data provided by the Member States – already denounced by the [European Court of Auditors](#) in 2000 – created the situation which then led to the start of the financial crisis in 2009. The mismanagement of the Irish crisis through the Franco-German Deauville Pact of October 2010 as well as the mismanagement of the second Greek crisis created a contagion effect that spread to Portugal, Spain and Italy.

As I have tried to outline elsewhere ([Pace](#), para. 2), the Eurozone crisis was solved by the creation of crisis management institutions as the crisis unfolded, that is: the European Stability Mechanism (ESM) for the management of crises related basically to Member States' debt and the Outright Monetary Transactions (OMT) for the management of monetary policy crises. Moreover, the modification of the Stability and Growth Pact (SGP) was set out through the so-called “six-pack” and “two-pack” as well as the Fiscal Compact. Finally, the Banking Union was devised with the goal of stopping the “perverse relationship” between Member States' debt and banking sector crises.

3. The role of the German Republic in creating the “inter-governmental drift” of the Eurozone crisis

It is not my goal to make value judgments about how the German Republic chose to direct and control for its part the development and solution of the Eurozone crisis. Instead, I aim to identify the dynamics that led to the development of the crisis in order to perform a correct legal analysis. It is beyond doubt that, in the definition of the crisis management institutions, the German Republic insisted that the most important aspects of these institutions had to be drafted in inter-governmental agreements so as to prevent their being modified by a majority vote according to the Community method. The decision to enact measures with acts outside the confines of EU law allowed for the well-known Eurozone crisis “intergovernmental drift”.

The permanent 2012 ESM bail-out fund was in fact established through an intergovernmental agreement after the amendment of Article 136 TFEU. The temporary 2010 European Financial Stability Facility (EFSF) bail-out fund was also established outside the framework of EU law. The EFSF was established in the form of a private company under Luxembourg law whose shareholders were the Eurozone Member States and it was incorporated on June 7 at the office of notary Jacques Delvaux. Even the main principles of the Stability and Growth Pact set out in the six pack (including the so-called “golden rule” of balancing the budget) were inserted into the Fiscal Compact ([Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union](#), 2 March 2012), an intergovernmental agreement. In the Banking Union, certain aspects of the bank restructuring fund are set out in an intergovernmental agreement. Discussions at the European level are now focused on the creation of the European deposit insurance system (the so-called Banking Union “third leg”) through another intergovernmental agreement ([Romano](#)).

The OMT program is the only crisis management tool that was approved, as an ECB decision, by a simple majority (Art. 10.2 ESCB Statute). In other words, no Member State could unilaterally impose its veto at the time of its adoption. By the same token, no part of the OMT decision was “crystallized” in an intergovernmental agreement.

The “OMT case” must be understood in light of the dynamic of this “intergovernmental drift”. In particular, it should be understood taking account of the Member States’ desire (notably Germany’s) unilaterally to limit the Union’s recourse to crisis management measures that elude the Community method. Indeed, the “OMT case” is basically the means by which the *BVerfG* attempted to “impose” stricter program requirements on the OMT. By contrast, the Court of Justice in the 2015 *Gauweiler* judgment confirmed the legality of the OMT program as defined by the ECB in 2012.

4. The birth of SMP/OMT and the various criticisms addressed to it by the *Bundesbank* and by the *BVerfG*

The OMT (like the previous version of the program, the SMP) is an open market operation program (Art. 18 ESCB Statute) aimed at guaranteeing the effective exercise of monetary policy by the ECB in a crisis scenario. The ECB argued, even before the start of the Eurozone crisis, that excessive spreads in the interest rates of government bonds of different Eurozone Members would effectively eliminate the possibility of the ECB to exercise its monetary policy using ordinary “levers”, first of all, through the setting of money interest rates ([Trichet](#), p. 11). Excessive spreads would thus undermine the singleness of the ECB monetary policy as defined in the Treaties, and the correct transfer of ECB monetary policy impulses. The OMT, not unlike the SMP program, allowed intervention in exceptional situations

when interest rates of Eurozone States' bonds became irrationally high as a consequence of market conditions. Through bond purchases, and according to the principle of supply and demand, the OMT would bring these rates to a rational level. In this sense, the OMT does not transform the ECB into a “*lender of last resort*”, as erroneously feared by the *BVerfG* (Preliminary reference, para. 94). The ECB's objective is not the stability of the Eurozone but the protection of the effective exercise of its monetary policy (this is actually recognized by the *BVerfG* itself in its judgment of 21 June 2016 – see *BVerfG* judgment, para. 3.c). The OMT's important indirect effect is that, by not allowing interest rates on government bonds of States in financial stress to reach levels that make their debt unsustainable, Eurozone States are prevented from defaulting on their debt, thereby making the Euro irreversible. Given the exceptional nature of this program, the *OMT* decision, unlike the *SPM* program, sets out strict criteria and conditions for its activation and exercise.

These programs, both the *SMP* and the *OMT*, have been criticized by the German Republic, and specifically by both the *Bundesbank* and the *BVerfG*. The first wave of the *Bundesbank*'s criticism was formulated as the ECB rolled out its first bond purchase program, i.e. the 2010 *SMP* program. These criticisms were based on financial reasons. The program was widely criticized by the *Bundesbank*'s President at that time, Axel Weber, and by one of the ECB's Executive Board members, Germany's Jürgen Stark. In particular, President Weber complained that the injection of liquidity into the market would create “substantial stability risks” (as reported by David Crawford Brian [Blackstone](#)). Furthermore, it was feared that this decision would favor an uncontrolled increase in inflation (As reported by Fairless, *Italy vs. Germany*, *WSJ Europe*, 1 August 2012). Over time, these fears proved unfounded. What is relevant here is that both of them, lacking the possibility to veto the *SMP* program (as unanimity in the Council pursuant to Art. 10.2 *ESCB Statute* was not provided for), resigned from their posts in 2011.

A second wave of criticism concerning the unlawfulness of the *SMP* program was made by the next *Bundesbank* President, Jens Weidmann. There were two reasons that pushed the *Bundesbank* to continue to oppose the *SPM* bond-buying program. In the words of President Weidmann, there was a risk that the ECB would “overstep its mandate”; furthermore, the program was «tantamount to financing Governments by printing bank notes» (as reported by Blackstone – Boston, *Draghi Defends Bond Program in Germany*, in the *WSJ Europe*, 25 October 2012). In other words, the *Bundesbank* stopped criticizing the ECB's (*SMP*) bond-buying program from an economic/financial point of view (issues that after two years had proved to be unfounded) and started to raise criticisms about the program on a point of law – a peculiar perspective for an entity like the *Bundesbank*.

However, these two legality issues, while evident in the SMP program, were later specifically addressed and resolved in the drafting of the OMT program.

The *Bundesbank*'s third area of criticism was raised against the new ECB program for the protection of the effective exercise of the ECB's monetary policy, i.e. the OMT (on the ECB's role in the crisis, see [Cafaro](#)). In fact, Jens Weidmann, as *Bundesbank* President, was the only member of the ECB Governing Council who on 2 August 2012 voted against the decision on the mere possibility of establishing a new bond-buying program ([Draghi](#)). Paradoxically, the OMT was then the ECB's response to the criticism directed by President Weidmann against the SMP program. In response to the complaint of illegality, the ECB Governing Council (made up of members of the Executive Committee and the Presidents of each of the Eurozone's national central banks) approved on 6 September 2012 the strict OMT activation and exercise requirements. The OMT formally replaced the SMP. It is no coincidence that each of the OMT requirements was aimed at avoiding the illegality issues outlined by the *Bundesbank* President, i.e.: the illegality of such a program for the breach of the ECB mandate and for the breach of Art. 123 TFEU. These OMT activation and exercise requirements were later assessed by the Court of Justice in its *Gauweiler* judgment and were deemed to be fully in line with EU law.

The fourth order of criticism of the German Republic against the OMT was formulated by the *BVerfG* in its 2014 preliminary reference. One can see a clear *trait d'union* between the German *Bundesbank* and the German Constitutional Court in continuing the same objections regarding the legality of the OMT program. Like the *Bundesbank*, the *BVerfG* – as a result of the appeals brought before it in October 2012 – considered that the OMT program was in breach of the ECB mandate and that it violated the prohibition contained in Art. 123 TFEU. The *BVerfG* also added, when referring the case to the Court of Justice, a new issue related to Germany's "constitutional identity" (Preliminary reference, para. 27). In this respect, one of the *BVerfG*'s concerns, ultimately, is the inability of the *Bundestag* to exercise its powers of control over the federal budget as provided by the Federal Constitution, powers which are, in the *BVerfG*'s view, part of the German constitutional identity (Preliminary reference, para. 28). The *BVerfG* concludes, in its *sui generis* referral, that the OMT is a breach of both European Union law and German Constitutional Law. In particular, the Court threatens the disapplication of the OMT program by all German agencies, federal and state (Preliminary reference, para. 30), in the absence of a corrective interpretation of the Court of Justice (Preliminary reference, para. 99). This conclusion of the *BVerfG* has been labeled as an «(offensive) invitation to the ECJ to restrict the implication of the OMT program by means of interpretation» ([Wendel](#),

p. 277).

5. The *Gauweiler* judgment of the Court of Justice

The Court of Justice responded to the preliminary reference of the *BVerfG* with the *Gauweiler* judgment. This judgment was rightly called a «model of restraint» (see the [editorial](#), *On Courts of Last Resort*). The Court in its judgment did not in fact seek confrontation with the *BVerfG* – confrontation that was already created with the previous *Mangold/Honeywell* judgment. Rather, it sought to show the legality of the OMT «on the force of its substantive arguments» ([Claes – Reestman](#), p. 946). The only point disputed by the Court (*Gauweiler*, para. 16) related to the supposed lack of binding nature of the judgment of the Court (Preliminary reference, para. 27).

With reference to the OMT, the Court recognized the legality of the program by clarifying that the requirements as defined there constituted a solid system of checks and balances in order to ensure that the bond-buying program was in breach of neither the mandate of the ECB nor Art. 123 TFEU. However, the Court did not follow the *BVerfG*'s “request” to impose new restrictions on the activation and exercise of the OMT program. To the contrary, the Court affirmed the legality of the program as drafted by the ECB in 2012 without any reservation. Moreover, the Court in para. 88 of the judgment clearly rejected the *BVerfG*'s “request” that the volume of bond purchases in the OMT program should be limited *ex ante* (*BVerfG* reference para. 101). This aspect was of particular importance with regard to the subsequent judgment of the *BVerfG* (see *infra*, para. 6).

6. The judgment of the *BVerfG*

In spite of the numerous and different profiles of illegality raised within the German Republic starting from 2010, the German Constitutional Court has recognized in its *OMT* judgment the legality of the OMT program pursuant to both Union and German constitutional law. It makes some critical remarks on the *Gauweiler* judgment, criticisms that do not limit the future effectiveness of the OMT program if (and when) the program will be triggered. The *BVerfG*'s judgment can be summarized, following the [English-language synopsis](#) published by the *BVerfG* itself, as follows.

a) Regarding the first part of the *ultra vires* review, the *BVerfG* concludes that the OMT program does not breach the ECB mandate. The program is in fact «to the largest extent monetary in kind» (para. 3.c). In order to reach this conclusion, the Court had to elaborate a difficult analysis aimed at showing that the Court of Justice had in fact accepted the views of the *BVerfG* as expressed in the preliminary reference. The difficulty stems from the fact that the Court of Justice, as mentioned above, considered the *OMT* decision as adopted in 2012 to be lawful, without taking the *BVerfG*'s views into consideration. It is

no coincidence that the German Court criticizes the content of the *Gauweiler* judgment, arguing that the judgment «meets with serious objections on the part of the Senate» with reference to different aspects: «these objections concern the way the facts of the case were established, the way the principle of conferral was discussed, and the way the judicial review of acts of the European Central Bank that relate to the definition of its mandate was conducted» (para. 3.a). In spite of this, the German Court finds that the OMT program is lawful, arguing that it does not «manifestly exceed the competence attributed» to the ECB (para. 3.c). This is all the more peculiar in that the *BVerfG* had already rejected that conclusion on the «manifest nature of the breach» in the preliminary reference (Preliminary reference, paras. 56, 84, 95, 99). This apparent contradiction is justified, according to the *BVerfG*, by the fact that the Court of Justice «has essentially performed the restrictive interpretation of the policy decision that the Senate's request for a preliminary ruling of 14 January 2014 held to be possible» (para. 3.c). To this end, the *BVerfG* distinguishes between «the decision of 6 September», on the one hand, and «the implementation of the programme» on the other. The distinction is clearly aimed at the (expected) goal of the German Court: that is, to single out a (restrictive) interpretation of the OMT program's requirements. According to the German Court, the Court of Justice «bases its review not only on the policy decision of 6 September 2012 concerning the technical details, but derives further framework conditions – in particular from the principle of proportionality –, which set binding limits for any implementation of the OMT programme» (para. 3.a). Moreover, «in using procedural means to limit the ECB's competences by reviewing whether the principle of proportionality has been observed, the Court of Justice takes up the issue of the nearly unlimited potential of the decision of 6 September 2012» (para. 3.c). The *BVerfG* concludes that: «The restrictive parameters developed by the Court of Justice do not completely remove the character of the OMT programme insofar as it encroaches upon economic policy. However, together with the conditions prescribed by the decision of 6 September 2012 [...] they make it appear acceptable to assume that the character of the OMT programme is at least to the largest extent monetary in kind» (para. 3.c).

b) Continuing with its *ultra vires* review, the *BVerfG* also finds that the OMT is not in breach of Art. 123 TFEU. As the *BVerfG* states: «if interpreted in accordance with the Court of Justice's judgment, the policy decision on the technical framework conditions of the OMT programme as well as its possible implementation [...] do not manifestly violate the prohibition of monetary financing of the budget» (para. 3.d). The German Court is here faced with an even harder problem, which is to bring its own demands in the preliminary reference into line with the *Gauweiler* judgment. This is because the Court

of Justice clearly refused in the *Gauweiler* judgment to amend the requirements of the *OMT* decision, as “requested” by the *BVerfG*, in particular regarding the “request” to impose *ex ante* limits to bond purchases by the ECB (*Gauweiler*, para. 88). The German Court appears to contradict what it had stated just before in relation to the *OMT* program’s lawfulness. According to the *BVerfG*, «although the Court of Justice considers the policy decision to be permissible even without further specifications, its implementation must fulfill further conditions in order for the purchase programme to not violate Union law». Moreover, «since, against this backdrop, the *OMT* programme constitutes an ultra vires act if the framework conditions defined by the Court of Justice are not met, the German Bundesbank may only participate in the programme’s implementation if and to the extent that the prerequisites defined by the Court of Justice are met». It then lists these conditions, namely that: «purchases are not announced // the volume of the purchases is limited from the outset // there is a minimum period between the issue of the government bonds and their purchase by the ESCB that is defined from the outset and prevents the issuing conditions from being distorted // the ESCB purchases only government bonds of Member States that have bond market access enabling the funding of such bonds // purchased bonds are only in exceptional cases held until maturity and // purchases are restricted or ceased and purchased bonds are remarketed should continuing the intervention become unnecessary». Astonishingly, one of those conditions is an *ex ante* limitation of the volume of bond purchases by the ECB (see *infra*, para. 7).

Finally, even with reference to the lawfulness of Art. 123 TFEU, the German Court seems to assert that the Court of Justice positively reacted to the *BVerfG*’s “request” for a restrictive interpretation of the *OMT* requirements. Reading the *Gauweiler* judgment provides a different impression.

c) With reference to the alleged breach of the German constitutional identity, the *BVerfG* excludes that the *OMT* program as interpreted by the Court of Justice «presents a constitutionally relevant threat to the *Bundestag*’s right to decide on the budget» (para. 3.f). This conclusion of the *BVerfG* probably follows the inclusion of the requisites of the *ex ante* limitation of the volume of bond purchases by the ECB in an *OMT* program. The *BVerfG* concludes by outlining an obligation on the Federal Government and the *Bundestag* in the context of *Integrationsverantwortung*. According to the *BVerfG*, not only is it necessary to control that the conditions defined in the *BVerfG* judgment are met, these bodies should also check the existence of a specific danger for the federal budget that may arise, in particular, from the volume of bonds purchased pursuant to the *OMT* and the risk structure of the purchased bonds, «which may change even after their purchase» (para. 3.g).

7. The *BVerfG* judgment, the alleged “almost unlimited potential” of the OMT program and the “phantom requirement”

The *BVerfG* in its judgment continues to maintain a position which cannot be shared and which I believe to be incorrect from the point of view of EU law. The *BVerfG* had unjustifiably expressed the view, in its preliminary reference, that under OMT «the Eurosystem would in any case be available as a “lender of last resort” for the government bonds in question» (Preliminary reference, para. 94 – see my [criticisms](#) on this, para. 4.a). Also objectionable is the *BVerfG*'s statement in its final judgment that the OMT program before the *Gauweiler* judgment had an «almost unlimited potential» («Das Problem des nahezu unbegrenzten Potentials des Beschlusses vom 6. September 2012»; *BVerfG* judgment, para. 196). As already claimed, it was possible to state that the SMP program could have had an «almost unlimited potential», and for this reason I have claimed that it was probably in breach of EU law (see [Pace](#), para. 4.a; Ruffert limits the illegality of the SMP to the concrete bond purchases of August 2011, see Ruffert, *The EMU in the ECJ – A new dimension of dispute resolution in the process of European integration*, in Daniele et al. (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, 2017, p. 335 ss.). This is certainly not the case with regard to the OMT. The requirements of that program were aimed precisely at restricting this «almost unlimited potential». The ECB, in the activation and exercise of the bond purchase program, had to follow these strict conditions. These were specifically defined in order to dispel the doubts of legality regarding the breach of the ECB mandate and of Art. 123 TFEU as claimed in 2012 by President Weidmann of the *Bundesbank* (see *supra*, para. 4).

Moreover, I disagree with the idea put forward by the *BVerfG* that the Court of Justice actually accepted the views of the *BVerfG* as expressed in its preliminary reference. I propose to challenge the *BVerfG*'s assumption by focusing on the alleged requirement spelled out in the *Gauweiler* judgment regarding the *ex ante* limitation of the volume of purchases of the OMT program that would have modified the OMT decision (*BVerfG* judgment, para. 195).

As already underlined, with its request for a preliminary ruling by the Court of Justice, the German Court had tried to secure, in addition to the conditions relating to the exercise of the OMT program, the additional condition that the «government bonds of selected Member States [must not be] purchased up to unlimited amounts» (Preliminary reference, para. 101).

The *BVerfG* claims in its final judgment that: «The German Bundesbank is entitled only to participate in a future implementation of the OMT program if and when the prerequisites laid down by the Court of the European Union are met, i.e. if [...] the volume of the

purchases is limited from the outset». As portrayed by the *BVerfG*, it would appear that the ECJ opted for a narrow reading of the OMT program as “requested” by the *BVerfG*. However, a closer reading shows that this is not the case, and that indeed the opposite is true.

In fact, in the grounds of the judgment the *BVerfG* argues that the Court of Justice inserted a requirement to limit *ex ante* the bond purchases in these terms: «Unlike the parameters resulting from the basic decision of 6 September 2012, [...] the Court of Justice denies an unlimited extension of the purchase program. The volume of future purchases must be specified and binding in advance and must not exceed what is necessary to restore the transmission mechanism. The decision to actually carry out bond purchases, and the pre-determined volume of the planned acquisitions may not be announced (ECJ *Gauweiler*, para. 106)» (*BVerfG* judgment, para. 195).

The *BVerfG* recalls para. 106 of the *Gauweiler* judgment. The content of para. 106 should illustrate that the German Court does not dispute the fact that the OMT program does not provide *ex ante* purchase limits (The [OMT program](#) sets forth that «No *ex ante* quantitative limits on the size of Outright Monetary Transactions [are permitted]»). The limitation of this part of the *OMT* decision was in fact the clear objective of the “request” made at para. 101 of the preliminary reference. If the German Court had wished to contest this criterion in the final judgment it would have recalled and criticized para. 88 of the *Gauweiler* judgment which, in clear opposition to para. 101 of the *BVerfG*’s preliminary reference, supports the lawfulness of such a clause in these terms: «In those circumstances, a programme [...] could legitimately be adopted by the ESCB without a quantitative limit being set prior to its implementation» (*Gauweiler*, para. 88). The Court of Justice also indicates why it would not be possible to limit *ex ante* that volume, explaining that «such a limit being likely [...] to reduce the programme’s effectiveness» (*Gauweiler*, para. 88).

The text of para. 106 of *Gauweiler*, which is recalled by the *BVerfG* in para. 195 of its judgment, allows one to understand what the German Court is referring to. Paragraph 106 reads: «The ECB has also made clear before the Court that the ESCB intends [...] to refrain from making any prior announcement concerning either its decision to carry out such purchases or the volume of purchases envisaged». In other words, since the *BVerfG* disputes neither the relevant passage of the *OMT* decision nor para. 88 of the *Gauweiler* judgment, the German Court in para. 195 of its judgment maintains something very different from what is held in para. 101 of the reference to the Court of Justice. It merely claims that the (future and possible) execution of the OMT program will provide *ex ante* the volume of bond purchases (without this being announced) set with the goal of restoring monetary policy transmission. This reading does not exclude (but rather recognizes) that if the volume of purchases decided *ex ante* by the ECB

does not reach the predefined ECB goal (that is, a certain level of interest requested for bonds of Member States in financial stress), the European Central Bank could further extend the volume of bond purchases.

What the *BVerfG* holds in its judgment does not provide anything new and does not constitute, as the *BVerfG* claims, a limitation of the content of the *OMT* decision («Unlike the parameters resulting from the basic decision of 6 September 2012, [...] the Court of Justice denies an unlimited extension of the purchase program»; *BVerfG* judgment para. 195). Indeed, what the *BVerfG* made clear is exactly what the *OMT* decision provides: i.e. a program quantitatively limited to the achievement of the restoration of the transmission mechanism (the *OMT* program sets forth that «The Governing Council will consider Outright Monetary Transactions [...] and terminate them once their objectives are achieved [...]»).

This proves the correctness of the contention advanced in the introduction of this post, – namely that, contrary to what the *BVerfG* maintains in its judgment, the Court of Justice in its *Gauweiler* judgment did not accept the requests made by the German Court in its preliminary reference. Indeed, the reverse is true: the *BVerfG* has accepted the conclusions of the *Gauweiler* judgment. In this sense, the way in which the *BVerfG* justifies its conclusion has the goal not only of avoiding «the humiliation of recognizing the position taken in its referral as erroneous» ([Goldmann](#), p. 9). It has the goal of dissimulating its – failed – attempt to modify the content of the *OMT* program through the interpretation requested in the preliminary reference to the Court of Justice.

8. Conclusions: winners and losers of the *OMT* case

The *OMT* case cannot be reduced to the mere issue of Union law interpretation between the Court of Justice and the *BVerfG*. As I showed, the *OMT* case was an attempt by the *BVerfG* to derogate from the Community method and its majority vote system *vis-à-vis* the *OMT* program through a different way of design Eurozone crisis measures. This had already happened through German pressure with the *ESM*, with some aspects of the *SGP* and of the *Banking Union* (see *supra*, para. 3). In the *OMT* case in 2014, the *BVerfG* with its preliminary reference sought to influence the way in which the *OMT* program operates. It is not by chance that the *OMT* case brought to a higher level through the *BVerfG* after the *Bundesbank* could not veto the *SMP* in 2010 or the *OMT* in 2012 (see *supra*, para. 4). This attempt by the *BVerfG* was rejected by the Court of Justice in its 2015 *Gauweiler* judgment (see *supra*, para. 6). It upheld the lawfulness of the *OMT* program as formulated by the *ECB* in 2012.

The *BVerfG* asserts in the final judgment that the Court of Justice «has essentially performed the restrictive interpretation of the pol-

icy decision that the Senate's request for a preliminary ruling of 14 January 2014 held to be possible» (para. 3.c). The *BVerfG* thus admits that the Court of Justice did not follow the requests of the German Court. The only way for the *BVerfG* not to trigger an institutional crisis by declaring the OMT in breach of Union law was to follow [Goldmann](#)'s suggestion (p. 9), i.e., to revert to the principle that: «Finding an act to be *ultra vires* requires [...] that it manifestly exceed the competences transferred to the European Union» (*BVerfG* judgment, para. 3.c). By following this principle the *BVerfG* is able to claim that «if interpreted in accordance with the Court of Justice's judgment, the policy decision on the OMT programme does not [...] 'manifestly' [exceed] the competences attributed to the European Central Bank» (*BVerfG* judgment, para. 3.c).

By contrast, in *Gauweiler* there is no proof that the Court of Justice adopted a restrictive interpretation of the program. There is not even proof, as demonstrated by the “phantom requirement” (*supra*, para. 7), that the Court of Justice derogated from the written parameters of the OMT program – contrary to the claims of the *BVerfG* («Unlike the parameters resulting from the basic decision of 6 September 2012, [...] the Court of Justice denies an unlimited extension of the purchase program», *BVerfG* judgment, para. 195). As already stated, the Court of Justice upheld the legality of the OMT program as drafted in 2012, with no exceptions.

From this point of view, the *BVerfG* might have relied more wisely on the «manifestly exceed the competence» principle before deciding to ask the ECJ for a preliminary ruling. But the German Court wanted the Court of Justice to limit the principle of an “open ended” OMT program (Preliminary reference, para. 101). In its view, this principle could have threatened the *Bundestag*'s power to control the federal budget (Preliminary reference, para. 28). The Court of Justice in *Gauweiler* did not limit or derogate from the “open ended” requirement (*Gauweiler*, para. 88). The *BVerfG* claims in its judgment that this requirement was acceptable, which means that the “open ended” requirement was also acceptable before *Gauweiler*. The *BVerfG* in its judgment at least on this point proved itself to be wrong.

As in the game of chicken, the *BVerfG* decided to drive the Court of Justice toward a collision course on this point, but the Court of Justice refused to turn and consequently the *BVerfG* in its judgment, not wanting to start an institutional crisis, had to swerve. The Court of Justice comes out of this “confrontation” with a stronger legitimation in its role. It seems to be no coincidence that the *BVerfG* subsequently preferred not to send a preliminary reference to the Court of Justice, even in cases where it should have, and to decide the case by itself. The stronger legitimation of the Court of Justice in its role also emerges from another aspect, i.e. the fact that the *BVerfG*, notwithstanding its “self-proclaimed” independence from the binding

nature of the judgments of the Court of Justice (Preliminary reference, para. 27) had to bring its judgment into line with the *Gauweiler* judgment.

Moreover, the fact that the *BVerfG* judgment confirming the legality of the OMT was published two days before the *Brexit* referendum shows one more thing. The German Court itself recognizes the essential importance of the OMT program for the stability of the Eurozone in crisis situations or in the midst of market turbulence, stability that is also clearly in the interest of Germany.

In my view, the *OMT* case was a final showdown regarding the extent to which the Community method could be “bent” in order to reassure major Eurozone Member States in the design of crisis management institutions. As in every showdown there are, in a broad sense, winners and losers.

Among the winners one could list the ECB. The *OMT* case shows that it exercised its monetary competence in a lawful manner, without misusing its independence. From this point of view it seems peculiar that the *Bundesbank* President is again criticizing an alleged potential misuse of ECB independence in the Quantitative Easing (QE) program ([Fubini](#); on the *QE* see [D’Acunto](#) in this blog). This is odd also because recent criticisms regarding the independence of the ECB are often coming from the State where *Ordoliberalism* was founded and together with it the quest, *inter alia*, for a fully independent Central Bank ([Allen](#)). In the *OMT* case, one should not forget that the ECB had to enact such a program since neither the Member States nor the EU institutions, which would have been more properly competent parties to enact a measure of this kind, had enacted them (See also [De Grauwe](#), p. 524). Instead, they preferred to leave that role to the ECB, thereby endangering its independence and legitimacy, and turning the ECB into a “lightning rod” for criticism – as the *BVerfG* reference shows – of actions that should have been carried out by other entities.

Also among the “winners” one could list all the Institutions and legal principles that were at stake in the *OMT* case: the Court of Justice and its role as a centralized body of binding interpretation of EU law as well as the principle of independence of the EU Legal system (see *supra*, para. 5). As is well known, this principle is protected *inter alia* by the independent interpretation of Union law by the Court of Justice.

An important role in the “positive” conclusion of the *OMT* case was played by European legal scholarship. The decision of the *BVerfG* not to “cross the Rubicon” and not to start an institutional crisis with the Union was also driven by the coherent and intense criticisms raised in that scholarship against the *BVerfG*’s preliminary reference (for a list of the abundant legal scholarship that discussed, *inter alia*, the *BVerfG*’s preliminary reference, see [Pace](#) and the special issue of

[The Maastricht Journal of European & Comparative Constitutional Law](#), edited by Fabbrini).

Among the losers of this showdown is the *Bundesbank*. Apart from the way in which the *BVerfG* framed its judgment in order to show that “it was right”, it is clear that the German Court too recognizes, pursuant to German Constitutional law, that the *Bundesbank*’s criticisms of the OMT that began in 2012 were inconsistent, and that the OMT program was fully legal.

In the same category one could list also the *BVerfG*. The German Court with its preliminary reference threatened to create an institutional crisis of dimensions previously unknown in the Union that could have led the Union into uncharted waters. Such a crisis could have been comparable to the nullification crisis of the United States of America of 1832. It was probably advisable to review the legality of the OMT program. These kinds of open market operations are in fact subject to intense scrutiny and criticism on both sides of the Atlantic (I am referring, for instance, to the U.S. Federal Reserve’s Quantitative Easing). The way in which the *BVerfG* tried to have the legality of the OMT program reviewed was probably not the correct one. But again, the *BVerfG*’s goal was different. Its aim was to modify the content of the OMT program through the interpretation of the Court of Justice; in this, the *BVerfG* failed.

The *OMT* case shows clearly, together with other aspects of the Economic and Monetary Union, an “intergovernmental drift” in the European integration process, i.e. the Member States’ quest to control the development of regulation in specific sectors and to ensure that these developments are not modified by a majority vote of Member States; this trend has been noted by, among others, *Bundesbank* President Weidmann, who has correctly referred to: «[t]he fear of giving up national sovereignty» ([Weidmann](#), para. 4). Consequently, «the strengthening of the existing framework remains the only alternative to make the Monetary Union more stable» (*ibid.*, para. 4). It seems there is another way to reach this goal, as proposed for the third leg of the Banking Union (see *supra*, para. 3), namely, through another international agreement outside the sources of EU law.

The *OMT* case is also relevant for understanding the legal nature of the European Union and its dynamics. It is interesting to note that in 2016 the result of the *Brexit* referendum shows the will of a Member State to abandon the Union. Yet in the same year a Constitutional Court of a Member State of enormous importance, Germany, stopped short of a judicial revolt, deciding instead to bring its judgment into line with that of the Court of Justice.

1 settembre 2016

Mercato, fiscalità, sovranità: il trattamento fiscale di *Apple* in Irlanda

GIULIA ROSSOLILLO (*)

Con decisione del 30 agosto 2016 (v. [Comunicato stampa della Commissione europea](#)) la Commissione europea ha dichiarato contrari alle norme in materia di aiuti di Stato i vantaggi fiscali concessi dall'Irlanda ad Apple dal 2003 al 2013, disponendo il recupero di una somma pari a 13 miliardi di euro più interessi.

La decisione, adottata a conclusione di un'indagine avviata nel giugno 2014 (v. [Lettera della Commissione](#) con la quale si comunica l'avvio della procedura *ex art. 108.2 TFUE*), fa riferimento a due *ruling* fiscali adottati dall'Irlanda nei confronti di due società del gruppo, che hanno di fatto consentito ad Apple di eludere il pagamento delle imposte sulla quasi totalità degli utili generati dalla vendita dei suoi prodotti in tutto il mercato unico.

I due *ruling* riguardavano Apple Sales International e Apple Operations Europe, due società di diritto irlandese detenute al 100% dal gruppo Apple sotto il controllo della società madre statunitense. In particolare, le vendite di Apple erano organizzate in Europa in modo che contrattualmente i clienti acquistassero i prodotti da Apple Sales International in Irlanda, e non invece dai negozi che li vendevano materialmente, affinché tutti gli utili derivanti dalle vendite stesse fossero registrati direttamente in tale Paese. Sulla base dei *ruling* fiscali sopra citati, poi, la maggior parte degli utili non veniva assegnata in Irlanda, ma a una "sede centrale" di Apple Sales International, che in realtà non era ubicata in alcun Paese, né aveva dipendenti o uffici propri: gli utili assegnati alla "sede centrale" non erano in questo modo tassati in alcuno Stato. Per dare un'idea di grandezza dei profitti non tassati, la Commissione cita i dati comunicati durante le audizioni pubbliche del Senato USA relative al 2011: in quell'anno Apple Sales Interna-

(*) Università di Pavia.

tional ha registrato utili per circa 16 miliardi di euro, dei quali solo 50 milioni di euro erano considerati imponibili in Irlanda sulla base degli accordi sopra citati. L'aliquota effettiva applicata ad Apple Sales International in quell'anno corrispondeva dunque allo 0,05% dei suoi utili annuali complessivi. Negli anni successivi, data la crescita degli utili registrati da Apple Sales International alla quale non ha corrisposto una crescita degli utili tassabili in Irlanda, tale aliquota è diminuita ulteriormente, fino a scendere allo 0,005% nel 2014. Di un regime fiscale analogo ha potuto beneficiare Apple Operations Europe, responsabile della fabbricazione di alcune linee di computer per il gruppo Apple.

Le norme UE in materia di aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE) hanno lo scopo di evitare che uno Stato membro riservi a determinate imprese un trattamento di favore, violando in questo modo il principio della libera concorrenza. Ora, i *ruling* fiscali emanati dall'Irlanda nei confronti di Apple hanno prodotto secondo la Commissione esattamente questo effetto: l'assegnazione della maggior parte degli utili a una "sede centrale" fittizia consentiva infatti ad Apple di versare molte meno imposte rispetto alle altre imprese.

La decisione in commento ha suscitato scalpore non solo per l'ammontare elevatissimo della somma da recuperare, dovuto all'effetto retroattivo della decisione, ma anche per il dibattito che ne è derivato in Irlanda. Pur rappresentando la somma in questione una quota rilevante del PIL irlandese, il governo irlandese ha annunciato infatti di voler presentare ricorso contro la decisione della Commissione insieme ad Apple, per il timore di perdere il suo ruolo di paradiso fiscale per le multinazionali, con gli svantaggi in termini di introiti fiscali e di posti di lavoro che ne deriverebbero.

Al di là dei risvolti futuri della vicenda, la decisione della Commissione solleva due ordini di questioni generali di non poco conto.

La prima questione concerne il problema della tassazione dei gruppi multinazionali e dello sfruttamento da parte di questi delle opportunità offerte dal mercato unico europeo a fini di elusione fiscale. Come sottolineato dalla Commissione nella Comunicazione "[Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento](#)" del 17 giugno 2015, le norme nazionali in materia di tassazione delle società, concepite in un'epoca nella quale le attività transfrontaliere erano limitate e le multinazionali erano per lo più imprese industriali che vendevano beni materiali, si rivelano oggi inadatte a un contesto economico "globalizzato, mobilitato e digitalizzato". In tale contesto, data la sempre maggiore complessità delle strutture societarie, a fronte di una estrema facilità nel trasferire gli utili dell'impresa da uno Stato all'altro, è divenuto estremamente difficile stabilire a quale paese spetti il compito di tassare il reddito di una multinazionale. In un regime caratterizzato da 28 regimi fiscali

differenti, da un lato, dunque, talune multinazionali spostano gli utili verso Stati membri nei quali l'imposizione fiscale è minima; dall'altro, si viene a creare una vera e propria concorrenza fiscale tra Stati membri che, riducendo le proprie aliquote dell'imposta sulle società, tentano di proteggere la loro base imponibile e di attrarre investimenti diretti esteri.

Ora, la concorrenza fiscale tra Stati membri non è vietata dal diritto dell'Unione europea, trattandosi anzi di un effetto dell'operare delle libertà di circolazione previste dai Trattati. Ad essere vietati sono invece quei comportamenti sia delle imprese che sfruttano abusivamente le libertà di circolazione, sia degli Stati membri che non si limitano a stabilire aliquote basse per le imprese operanti sul loro territorio, bensì concedono ad alcune imprese un trattamento fiscale di favore, ostacolando in tal modo la concorrenza.

Quanto al primo aspetto, come sottolineato a più riprese dalla Corte di giustizia (sentenze [Halifax](#), parr. 68 e 69; e [Cadbury Schweppes](#), parr. 50 e 51), lo sfruttamento delle libertà economiche previste dai Trattati non può spingersi fino a comprendere operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, ma realizzate solo allo scopo di beneficiare abusivamente, attraverso costruzioni puramente fittizie, dei vantaggi previsti dal diritto dell'Unione. Quanto al secondo, la possibilità per alcune imprese di beneficiare di un trattamento fiscale di favore contrasterebbe – come sostiene la Commissione nel caso in esame – con il divieto di aiuti di Stato.

Non va tuttavia dimenticato che la concorrenza fiscale tra Stati, pur legittima, implica anche alcuni rischi. Innanzitutto, come nota la Commissione, «per controbilanciare l'impatto delle minori aliquote dell'imposta societaria e dell'elusione fiscale delle società, alcuni governi hanno [...] aumentato il carico fiscale gravante sulle società meno mobili e sul lavoro. Ciò compromette l'efficienza e la capacità dei loro regimi fiscali di creare condizioni favorevoli alla crescita». In secondo luogo, l'esistenza di regimi fiscali differenti nei diversi Stati membri rende difficile per le imprese che non vogliono sfruttare abusivamente tali differenze, bensì mirino semplicemente ad esercitare la propria attività sul territorio di più Stati membri, muoversi in un quadro giuridico chiaro. Come sottolineato dalla stessa Apple in una [lettera](#) inviata alla Comunità Apple in Europa, «Apple has long supported tax reform with the objectives of simplicity and clarity».

La soluzione avanzata da tempo dalla Commissione per far fronte a tale ultimo problema consiste in un'armonizzazione minima in materia di imposta sulle società ([proposta sulla base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società](#)), ferma tuttavia in Consiglio per l'impossibilità di raggiungere l'unanimità richiesta dall'articolo 115 TFUE. La vicenda *Apple/Irlanda* potrebbe da questo punto di vista aver prodotto un effetto positivo: i tempi della presentazione di una nuova proposta in materia, già annunciata nella [Comunicazione della](#)

[Commissione](#) sopra citata, subiranno probabilmente un'accelerazione sotto la spinta della vicenda in oggetto. Se si riusciranno a superare le probabili resistenze di alcuni Stati membri, si dovrebbe dunque giungere non tanto a stabilire a livello europeo delle aliquote comuni, la cui determinazione rimarrebbe invece di competenza degli Stati membri, quanto a fissare una base imponibile comune e una formula, basata sul luogo nel quale sono generati gli utili, che consenta di stabilire quanti profitti tassare in un Paese e quanti in un altro.

La vicenda *Apple/Irlanda*, tuttavia, pone in primo piano anche un'altra questione sostanziale di carattere strutturale: la questione della sovranità degli Stati membri in materia fiscale. Si tratta di un punto messo in luce nella stessa [lettera](#) di Apple sopra citata, laddove si sottolinea che la decisione della Commissione «would strike a devastating blow to the sovereignty of EU member states over their own tax matter».

La materia, essendo strettamente collegata all'essenza della sovranità statale e sollevando il problema della legittimazione democratica, pone la discussione su un terreno particolarmente delicato e complesso. È dunque opportuno distinguere le limitazioni della sovranità fiscale degli Stati membri conseguenti all'appartenenza al mercato unico da quelle derivanti dall'Unione economica e monetaria e dalla rinuncia alla propria moneta nazionale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va sottolineato che, se da un punto di vista teorico gli Stati membri possono determinare autonomamente la loro politica fiscale, non essendo questa stata trasferita a livello europeo, in concreto una piena autonomia degli Stati in tale materia si rivela incompatibile con l'esistenza di un mercato unico. In effetti, l'eliminazione degli ostacoli alle libertà di circolazione tra Stati membri e la creazione di un mercato nel quale la libera concorrenza sia pienamente realizzata comportano che siano sottoposte al vaglio delle istituzioni dell'Unione tutte le misure nazionali, comprese quelle adottate in ambito fiscale, suscettibili di ostacolare il raggiungimento di tali obiettivi (v. Corte di giustizia, sentenze [Wielockx](#) e [Kerckhaert/Morres](#)). Pur rimanendo dunque gli Stati membri liberi di determinare le scelte essenziali della loro politica fiscale, le normative nazionali in tale materia dovranno rispettare il principio di non discriminazione, e dunque non costituire un ostacolo, diretto o indiretto, alle libertà di circolazione, né costituire un aiuto di Stato vietato dai Trattati (v. per tutti [Jansen](#)).

Ben più complesso è invece il discorso relativo ai limiti imposti dall'appartenenza all'Unione monetaria. In questo caso, infatti, è la stessa capacità degli Stati membri di decidere autonomamente gli orientamenti generali della loro politica fiscale e di bilancio ad essere messa in discussione. La decisione presa a Maastricht di trasferire a livello sovranazionale la competenza in materia monetaria mantenendo a livello nazionale quella in materia economica e di bilancio ha

comportato in effetti che si prevedessero meccanismi di coordinamento tra le politiche economiche degli Stati membri, non essendo concepibile un'unione monetaria tra Stati che gestiscano le loro politiche economiche e fiscali in modo del tutto divergente. Gli Stati membri si impegnano così a mantenere prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane e bilance dei pagamenti sostenibili (art. 119, par. 3, TFUE), e a rispettare i parametri stabiliti nel Patto di stabilità e crescita. Ora, la crisi economica e finanziaria degli ultimi anni e il rischio di un dissolvimento dell'unione monetaria hanno spinto gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione a rafforzare tali strumenti di coordinamento e ad andare nella direzione di indicare in modo sempre più puntuale agli Stati le riforme da attuare per rispettare i parametri stabiliti ed evitare il rischio di shock asimmetrici: le raccomandazioni specifiche per Paese nell'ambito del Semestre europeo o le raccomandazioni di Commissione e Consiglio nell'ambito della procedura per gli squilibri macroeconomici – per limitarsi a citare alcune delle misure adottate in seguito alla crisi – possono spingersi in effetti fino ad indicare a uno Stato membro come riformare il proprio sistema pensionistico, quali interventi mettere in atto nel mercato del lavoro, come reperire ed utilizzare risorse fiscali. Gli Stati della zona euro, privati della possibilità di compiere scelte autonome di politica monetaria, rischiano dunque di veder ristretta entro limiti molto stringenti anche la loro capacità di determinare gli orientamenti della loro politica economica, fiscale e di bilancio e di trovarsi in un vicolo cieco, contemporaneamente sottoposti a regole necessarie per mantenere in piedi un'unione monetaria incompleta, ma impossibilitati, per mancanza di risorse e di margini di manovra, a rispettarle.

Il tentativo di preservare la sovranità statale mantenendo le competenze in materia di politica economica e fiscale a livello nazionale rischia in sostanza di trasformarsi in un boomerang e costituire la scelta più pregiudizievole per la sovranità fiscale degli Stati membri ([Hinarejos](#), spec. p. 1634 ss.), mentre ancora lontana sembra la volontà di dar vita a una capacità di bilancio dell'eurozona che, attraverso risorse fiscali raccolte a livello sovranazionale, sia in grado di far fronte agli squilibri fra Stati e di completare l'Unione economica e monetaria.

26 settembre 2016

Il Tribunale dell'Unione europea prova a scrivere l'ultima pagina sulla fiscalità (immobiliare) degli istituti religiosi in Italia

MARCO GREGGI (*)

“La Guerra dei dieci anni”: così potrebbe essere sintetizzato il conflitto che ha visto contrapposti in Italia (prima) e in Lussemburgo (poi) da un lato *stakeholders* interessati a caducare un regime fiscale asseritamente distorsivo e favorevole agli istituti religiosi (la detassazione ai fini ICI riservata agli immobili ecclesiastici), e dall'altro chi invece in quella previsione trovava riconoscimento di una giusta diversità degli enti in questione. Per vero, va da subito chiarito che l'esenzione in parola non si applicava solo agli enti di ispirazione religiosa, ma anche a molti altri che svolgevano attività economiche [«con modalità non esclusivamente commerciali»](#).

È presto per dire se questa possa essere considerata davvero l'ultima pagina di un dibattito che ha attirato l'attenzione pubblica (in un mix esplosivo di religione e tasse) come pochi altri, ma di per certo il Tribunale dell'Unione aiuta a mettere ordine sul tema, e lo fa con una [decisione](#) equilibrata a cavallo fra diritto ed esigenze di effettività.

In sintesi, gli istituti religiosi italiani che svolgevano anche attività commerciale non esclusiva (il riferimento è essenzialmente all'attività formativa ed educativa), negli anni fino al 2012, hanno beneficiato di un regime fiscale favorevole per quanto riguarda la tassazione immobiliare (l'ICI), e questo sistema di favore ha costituito un aiuto incompatibile con il diritto dell'Unione europea, distorsivo della libera concorrenza, falsatore del mercato comune e qualificato da inaccettabili asimmetrie. A rigore e al di là delle semplificazioni giornalistiche (a volte arbitrarie), tale regime trovava applicazione agli immobili destinati tra l'altro alle attività di cui [all'art. 16 lettera \(a\) l.](#)

(*) Università di Ferrara.

[222 del 1985](#) e il regime fiscale in parola trovava espressa regolamentazione [all'art. 7, co. 1, lett. \(i\) del D. lgs. 504 del 1992](#).

Il nuovo sistema di tassazione immobiliare, invece, è perfettamente compatibile con il diritto UE perché ha mostrato di ovviare alle maggiori distorsioni di quello precedente (limitando i benefici solamente agli enti non commerciali che svolgono la loro attività con modalità effettivamente non commerciali).

Dall'accertamento dell'aiuto non compatibile con il diritto UE non scaturisce però la necessità per l'Italia di provvedere al recupero. Non si tratta di una graziosa concessione da parte della Commissione europea (e confermata dall'autorità giurisdizionale), quanto di una possibilità (peraltro non frequentissima nella giurisprudenza della Corte di giustizia) prevista laddove l'effettivo recupero sia impossibile ovvero straordinariamente difficile.

Insomma, per quanto riguarda il passato, violazione c'è stata, ma da essa non scaturiscono conseguenze. Per quanto concerne il presente e il futuro, invece, nessuna censura può essere mossa alle scelte del legislatore italiano e alle interpretazioni che di quelle scelte la [prassi si è voluta fare portatrice](#).

Si tratta di una conclusione che ha acceso indubbiamente gli animi dei primi commentatori, su un tema che difficilmente si presta a una valutazione serena e scevra da preconcetti in un senso o nell'altro.

Per provare a offrire un inquadramento al lettore è necessario partire dall'inizio della vicenda: dall'anno 2006 nel quale la maggior parte dei nodi sono venuti al pettine per poi passare rapidamente al 2012, altro snodo centrale del conflitto. È infatti al 2012 che risale la [decisione della Commissione europea](#) che è stata oggetto di impugnazione dinanzi al Tribunale, e che da quest'ultimo è stata invece confermata.

Dal 1992 una serie di enti non commerciali italiani (fra i quali indubbiamente anche quelli di natura religiosa) hanno potuto beneficiare di una esenzione dell'imposta sui loro immobili «a prescindere dalla natura eventualmente commerciale dell'attività» ivi svolta, purché non esclusiva. Dal punto di vista quantitativo, i casi più ricorrenti erano quelli delle scuole partitarie.

La distinzione fra attività “commerciale” e “non commerciale” è stata tradizionalmente oggetto di ampio dibattito fra i giuristi nel diritto tributario: [una discussione forse neppure oggi del tutto sopita](#). Ad ogni modo, cartina al tornasole della commercialità o meno di un ente era normalmente considerato [l'art. 149](#) del Testo unico delle imposte dirette (n. 917/86), che forniva (e fornisce ancora) una serie di criteri in base ai quali accertare la ricorrenza di tale caratteristica ai fini fiscali.

La bussola dell'articolo 149, tuttavia (e questo è forse l'autentico pomo della discordia), non si applica agli enti religiosi (e per il vero anche alle associazioni sportive dilettantistiche) per i quali

invece i criteri sono altri, così come il controllo della loro sussistenza.

È la disciplina riguardante il [sostentamento della Chiesa in Italia](#), di derivazione [dall'Accordo di modifica](#) del Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929 (o meglio del suo protocollo del 15 novembre 1984) ad attribuire il potere di controllo sulla natura non commerciale degli enti religiosi al Ministero dell'Interno, che opera sulla base di criteri di legge che quei Patti, e poi la legge nazionale che ne ha dato attuazione, hanno individuato (il riferimento a questo sistema di controllo è chiarito nei punti 119 e 120 della sentenza).

Insomma, questo è il punto in questione: gli enti religiosi potevano continuare ad essere considerati non commerciali anche quando, *coeteris paribus*, un ente diverso (laico) forse non lo sarebbe stato. Questa permanenza nell'alveo della non commercialità avrebbe recato con sé la possibilità di beneficiare di una esenzione ICI che agli altri, invece, non era possibile. Concludendo, per dirla parafrasando George Orwell, tutti gli enti non commerciali erano uguali, ma alcuni lo erano più degli altri.

Il legislatore italiano, con il passaggio da ICI a IMU, si è avveduto che quella distinzione non poteva più reggere alla prova dei fatti, e ha fatto così venire meno la precisazione riguardante l'attività in forma commerciale che... permaneva non commerciale se svolta dall'ente religioso. Con il passaggio alla nuova imposta immobiliare ha fatto anche cessare la ragione del contendere, o almeno ha tolto molte frecce all'arco di chi quella soluzione criticava.

Restava tuttavia il pregresso: un sistema di (de)tassazione fondato su di una ambiguità espressiva delle norme tributarie e su di un intreccio (pericoloso) fra legislazione nazionale, principi comunitari e trattati internazionali fra Italia e Santa Sede.

Il rischio più evidente in questa situazione era quello di portare il Tribunale a decidere in un contesto di potenziale conflitto fra norme costituzionali, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, clausola di sopravvivenza per gli accordi ad esso previgenti e da ultimo necessità di valutare in questa dimensione i diversi accordi raggiunti dalla Repubblica italiana (prima e dopo il Trattato di Roma, con possibile applicazione dell'art. 351 TFUE).

È un rischio che il Tribunale ha magistralmente evitato (punto 126), osservando come in questo caso il controllo (effettivo) esercitato dal Ministero dell'Interno ben poteva essere considerato sufficiente per poter "premiare" con lo *status* di ente non commerciale quegli enti religiosi che autenticamente si caratterizzavano come tali. Nessuna rottura costituzionale quindi, nessuna pericolosa tensione fra i patti bilaterali e il diritto dell'Unione.

È vero che il trattamento fiscale era risultato essere distorsivo nei fatti, ma la regolamentazione bilaterale poteva essere considerata salva: restava da porre rimedio agli effetti.

La disciplina sugli aiuti di Stato è sicuramente una delle più

stringenti all'interno del diritto dell'Unione, a presidio com'è dell'efficienza del mercato comune e, in pratica, della sua ragion d'essere. Senza divieto agli aiuti di Stato, parlare di libera concorrenza e di *level playing field* è, semplicemente, un *nonsense*.

Per questo motivo, una volta accertati i requisiti per poter considerare una misura come aiuto incompatibile con il Trattato (in quanto non autorizzato, selettivo ed effettivamente distorsivo nella concorrenza nell'Unione) non solamente il Paese deve rimuovere la norma incriminata, ma deve anche sterilizzare *ex post* gli effetti distorsivi della misura. Il che non vuole dire, si badi bene, eradicare l'aiuto, ma semplicemente rimuovere i vantaggi economici da esso generati.

Sul punto la dottrina è copiosissima, e anche la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di precisare il tema. Si pensi ad esempio ad una impresa che, grazie a un aiuto poi giudicato inammissibile abbia evitato lo stato di insolvenza. Rimuovere l'aiuto non significa condurre, *ex lege*, quell'impresa al fallimento (al quale sarebbe sicuramente giunta senza la misura), ma semplicemente rimuovere *ex post* il vantaggio economico del quale la stessa ha beneficiato.

Insomma, non soltanto la disciplina degli aiuti si caratterizza per una forte trasversalità, ma anche le procedure di *claw back* degli stessi risultano particolarmente articolate. In linea tendenziale, tuttavia, resta fermo il principio: lo Stato deve recuperare quanto ha erogato. Incerto è il *quantum*, certo l'*an*.

Orbene, in alcune ipotesi dall'accertamento dell'aiuto non conseguono obblighi per il Paese: si tratta dei casi in cui il recupero stesso diviene o impossibile o straordinariamente difficile stante la difficoltà nel tracciare i soggetti che da esso hanno avuto beneficio... o in ragione del decorso del tempo.

Apparentemente, nel caso in questione, ricorrevano entrambe queste condizioni. Nonostante la strenua difesa del ricorrente al Tribunale, la Commissione (e l'Italia, che si è costituita sostenendo nel frattempo la posizione di quest'ultima) ha avuto buon gioco nell'osservare che, anche attualmente, la banca dati catastale non è in grado di rilevare la destinazione specifica di un immobile (in tutto o in parte) e che il decorso del tempo non rende operativamente possibile una attività istruttoria e di verifica sul campo (i cui costi sarebbero comunque sicuramente sensibili).

Non sarebbe dunque possibile scoprire chi abbia tratto benefici dall'ingiusta esenzione IMU.

Il quadro che si ottiene dalla lettura della sentenza del Tribunale è nel senso di archiviare una situazione che si dà oramai per esaurita, osservando che per il futuro la normativa IMU rimuove le storture di cui si è dato conto: una sanatoria, forse, senza recupero dell'aiuto invero infrequente nel diritto dell'Unione, ma che in questo caso sembra poter trovare giustificazione in una situazione di fatto difficilmente criticabile.

Dall'orientamento del Tribunale emergono sia conferme di orientamenti pregressi, che spunti originali

Fra i primi va annoverato il tema della ricorribilità diretta da parte di un terzo leso dalla disciplina nazionale senza che questa si traduca in un provvedimento direttamente pregiudizievole per quest'ultimo (il caso era stato introdotto in Tribunale da un istituto scolastico che si era visto leso nella sua "attrattività" studentesca dalla concorrenza di istituti formativi di matrice religiosa che non scontavano l'ICI, prima, e tutta l'IMU, poi).

Fra i secondi il principio secondo il quale la Commissione stessa possa valutare *ex ante*, ed unilateralmente, l'impossibilità di recupero dell'aiuto erogato e quindi sollevare lo Stato dall'onere della prova in questo senso.

Tradizionalmente, l'impossibilità del recupero è dichiarata dallo Stato e poi validata dalla Commissione europea. È cioè il Paese che deve dimostrare alla Commissione che, nel caso di specie, per le particolari circostanze che si sono verificate, procedere al recupero dell'aiuto erroneamente erogato è impossibile ovvero sproporzionatamente difficile. Sulla base delle allegazioni del Paese, poi, la Commissione effettua le sue valutazioni confermando la conclusione ovvero sanzionando lo Stato per inadempimento.

Nel caso dell'ICI e degli enti religiosi, invece, è la Commissione, nell'ambito della sua decisione, che ha unilateralmente accertato l'impossibilità per il nostro Paese di procedere in questo senso, e conseguentemente ha sollevato la Repubblica italiana anche solo dall'obbligo di tentare il recupero o di allegare ulteriori prove a conferma di tale impossibilità.

I lettori più attenti ai risvolti politici della sentenza hanno potuto leggere in questa resa *ex ante* quasi una volontà di garantire all'Italia un *commodus discessus* anche avuto riguardo alla natura del soggetto interessato maggiormente alla disciplina in questione e al quale gli enti formativi facevano (e fanno ancora) riferimento.

Se però si libera l'analisi da argomentazioni fondate su precondizioni ideologiche non si può non convenire sul fatto che la posizione assunta dalla Commissione e poi validata dal Tribunale risulti essere del tutto coerente con quei vincoli di imparzialità e di buon andamento dell'Amministrazione che sono diritti fondamentali riconosciuti in una dimensione europea e sicuramente applicabili anche all'amministrazione dei tributi, ma che, in modo del tutto coerente, l'Unione rivolge prima di tutto verso se stessa nella prospettiva dell'articolo 41 della Carta UE dei diritti fondamentali.

Imporre all'Italia un tentativo di recupero o un'ulteriore attività istruttoria e probatoria volta a dimostrare ciò che già evidente era, pareva essere un fuor d'opera che non avrebbe fatto altro che prolungare ancora una volta questa "Guerra dei dieci anni" dalla quale si cerca finalmente di uscire, un passo alla volta.

Resta ancora aperto il capitolo riguardante la qualificazione (commerciale o meno) dell'attività condotta da molti enti di ispirazione religiosa ai fini delle imposte dirette, come la giurisprudenza evidenzia in diverse decisioni [riprese dalla prassi ministeriale](#) a conferma delle proprie (restrittive) tesi. Si tratta tuttavia di un fronte che riguarda l'applicazione dell'aliquota ridotta IRES per il calcolo del tributo dovuto, e che solo in parte insiste sui profili sin qui trattati.

18 ottobre 2016

8

La protezione dei diritti
fondamentali in Italia e in Europa

- CLAUDIA MORINI L'Italia e il sovraffollamento carcerario: verso la soluzione del problema?
- GABRIELE DELLA MORTE Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa
- ORNELLA FERACI Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (*Bosphorus*): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Avotiņš c. Lettonia*
- LUDOVICA POLI La Grande Camera e l'ultima parola sul caso *Paradiso e Campanelli*

L'Italia e il sovraffollamento delle carceri: verso la soluzione del problema?

CLAUDIA MORINI (*)

Occasioni per riflettere

Sebbene nel nostro Paese quello del sovraffollamento carcerario sia un problema grave ed attuale, l'Italia è solo uno dei [moltissimi Paesi al Mondo](#) nei quali il numero delle persone detenute supera la capacità massima di quelle che potrebbero essere accolte nelle strutture penitenziarie: il sovraffollamento tocca infatti picchi del 100 % e addirittura del 200% in circa 92 Paesi. In proposito, il 15 agosto 2015 l'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite ha presentato il suo Rapporto annuale su [Human rights implications of overincarceration and overcrowding](#) nel quale, da un lato, mette in evidenza le violazioni dei diritti umani connesse al problema del sovraffollamento carcerario e, dall'altro lato, cerca di indicare approcci e misure che possano permettere agli Stati, e dunque anche all'Italia, di cercare di risolverlo.

Lo scorso 17 dicembre, poi, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha approvato all'unanimità una nuova versione delle [Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners](#), oggi ribattezzate [Mandela Rules](#) (UN-Doc A/Res/70/175). Sin dalla loro adozione il 30 agosto 1955, esse hanno costituito un importante punto di riferimento per tutti gli Stati e sono ancora oggi un fondamentale parametro per l'attività di monitoraggio e ispezione per il trattamento dei detenuti. A sessant'anni dalla loro adozione si è sentita la necessità di rivederle radicalmente in quanto ormai ritenute superate da nuovi standard in

(*) Università di Bari "Aldo Moro".

materia di diritti umani e giustizia penale e da rinnovate buone prassi adottate nel settore delle metodologie correzionali. Le modifiche più incisive hanno riguardato le cure mediche per i detenuti, le indagini in caso di morte del detenuto, le misure disciplinari adottate nelle carceri, la necessità di “professionalizzare” lo staff che lavora all’interno dei penitenziari e la questione delle ispezioni indipendenti. Per la prima volta, invece, è stata introdotta in uno strumento internazionale, seppur non vincolante, una limitazione all’uso del regime di isolamento nonché indicazioni sul ricorso alle perquisizioni sui detenuti, prevedendo forti limitazioni per quelle maggiormente “invasive”. Anche al tema del sovraffollamento sono ovviamente dedicate alcune “regole”: in proposito rileva particolarmente la sezione dedicata agli [Alloggi](#) (regole 12-17).

Malgrado la rilevanza degli atti sin qui indicati, non c’è dubbio che è la Corte europea dei diritti dell’uomo a contribuire in modo determinante a tracciare il percorso del legislatore italiano. E invero, dopo la sentenza [Torreggiani e altri c. Italia](#) dell’8 gennaio 2013 (diventata definitiva il 27 maggio 2013) – con la quale l’Italia è stata condannata per violazione dell’art. 3 della Convenzione europea, con l’ulteriore accertamento della Corte in ordine al carattere strutturale del problema del sovraffollamento carcerario – l’Italia ha proceduto a mettere mano con maggiore efficacia al sistema carcerario. E anzi, per la prima volta, gli interventi italiani sono stati indicati come modello in due recenti sentenze pilota (v. [Neshkov c. Bulgaria](#), parr. 282 e 286 e [Varga v. Hungary](#), par. 105).

L’Italia e l’esecuzione della sentenza *Torreggiani*

In fase di monitoraggio dell’esecuzione della sentenza *Torreggiani*, il 15 giugno 2014 il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa aveva dichiarato il suo apprezzamento per le misure adottate dall’Italia sino a quel momento, invitando contestualmente il nostro Paese a continuare sul percorso intrapreso. Il termine per l’esecuzione veniva inoltre posticipato di un anno (giugno 2015). Nella successiva seduta del dicembre 2014, il Comitato, apprezzando l’ulteriore stato di avanzamento dell’esecuzione, decideva di posticipare ulteriormente la decisione finale sull’attuazione della sentenza al dicembre 2015: l’Italia, dunque, entro il 1° dicembre 2015 doveva presentare ulteriori dati che mostrassero il consolidamento del trend positivo già raggiunto.

Così, il 20 novembre scorso, le autorità italiane hanno presentato un nuovo piano d’azione ([Action report \(20/11/2015\) – Communication from Italy concerning the case of Torreggiani and others against Italy](#)), facendo seguito al [piano di azione](#) del 27 novembre 2013, nel quale erano state indicate misure preventive e compensative da mettere in atto per ottemperare a quanto richiesto dalla Corte al fi-

ne di porre termine alla violazione strutturale dell'art. 3 derivante dalla condizione dei detenuti nelle nostre carceri.

In sintesi, per quanto riguarda le misure di tipo legislativo, nel 2013 il Governo aveva indicato la riduzione dei flussi di detenuti attraverso la depenalizzazione di alcuni reati minori – da ultimo, lo scorso 15 gennaio nel corso del [Consiglio dei ministri n. 100](#) è stato approvato lo [schema di decreto legislativo](#) recante «Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2, della l. 28 aprile 2014, n. 67» che prevede la depenalizzazione, tra l'altro, della guida senza patente e dell'uso della cannabis a scopo terapeutico – e l'incremento del ricorso a sanzioni e misure di stampo “restaurativo”. Ulteriori interventi riguardavano le strutture carcerarie e prevedevano la ristrutturazione e l'ampliamento di quelle esistenti. Ancora, il Governo aveva previsto sistemi di detenzione “aperti” per quei detenuti destinatari di misure di sicurezza classificabili come di lieve o di media entità, affinché le celle potessero tornare ad essere luoghi usati esclusivamente per il riposo e non in cui essere costretti a trascorrere l'intera giornata.

Quanto alle misure preventive individuate, invece, esse possono essere ricondotte a quattro categorie: un'autorità giudiziaria incaricata di porre fine a quelle situazioni che potrebbero assurgere a una violazione dell'art. 3 della Convenzione; la possibilità di ottenere una decisione giudiziaria qualora le misure sopra previste non fossero attuate correttamente; la creazione di un sistema di monitoraggio informatico sulla situazione di ogni detenuto per quanto riguarda tutti gli aspetti della sua permanenza in carcere; infine, l'istituzione di un sistema interno e indipendente di monitoraggio sui luoghi di privazione della libertà personale, in ottemperanza a quanto previsto dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 2002, entrato in vigore nel giugno del 2006; l'Italia ha firmato il Protocollo in data 20 agosto 2003 e lo ha ratificato con la l. 9 novembre 2012, n. 195 – deposito strumento ratifica in data 3 aprile 2013), il cui art. 3 prevede che «[c]iascuno Stato Parte istituirà, nominerà e manterrà operativo a livello nazionale uno o più organismi con poteri di visita per la prevenzione della tortura e delle altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti». In proposito, con una nota del 28 aprile 2014 il nostro Governo aveva comunicato che il meccanismo nazionale italiano di prevenzione sarebbe stato costituito dal sistema di garanti locali, coordinati da un *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*, da nominarsi.

Da ultimo, per quanto concerne le misure di tipo ‘compensativo’ in favore di coloro i quali avessero sofferto di una violazione dei diritti loro garantiti in virtù della Convenzione, nel *Report* del 2013 si prevedeva che esse dovessero, da un lato, contemplare e riconoscere

l'avvenuta violazione e, dall'altro, ammettere non solo una compensazione di natura economica ma, possibilmente, anche misure consistenti in specifici benefici dal punto di vista della detenzione, quali ad esempio sconti di pena.

La bontà di quei primi interventi posti in essere dall'Italia è stata confermata già prima della presentazione dell'*Action report* dello scorso novembre, dalle dichiarazioni di irricevibilità del 16 settembre 2014 di due gruppi di ricorsi in materia di sovraffollamento e cattive condizioni di vita dei detenuti (ricorsi *Stella e altri c. Italia* e *Rexhepi e altri c. Italia*): la Corte le ha motivate adducendo che attualmente l'ordinamento italiano prevede misure sia di tipo preventivo che compensativo per far fronte alla situazione del sovraffollamento.

I nuovi provvedimenti adottati

Dati alla mano, il nostro Governo nell'ultimo rapporto ha dimostrato di aver raggiunto importanti risultati nell'arco di un lasso temporale abbastanza breve: non solo si sta assistendo a una diminuzione del numero dei detenuti, ma contestualmente si sta riducendo anche il numero dei nuovi ingressi nelle carceri. In aumento, inoltre, anche i casi di utilizzo di strumenti quali la c.d. "messa alla prova" e il braccialetto elettronico. Anche la situazione dei detenuti in attesa di giudizio appare in miglioramento. A fronte di una loro diminuzione si registra invero un aumento della percentuale di detenuti che scontano una sentenza di condanna (v. le tabelle inserite nell'*Action report* del 2015).

Unitamente alla questione del numero di detenuti, il problema del sovraffollamento è strettamente connesso anche alle strutture carcerarie. L'approccio adottato dal nostro Paese per farvi fronte è stato, però, quello di intervenire prevalentemente sulla diminuzione del numero delle persone in stato di detenzione invece che sull'incremento del numero dei luoghi di detenzione. Laddove si è deciso di intervenire sulle strutture, si è optato per la ristrutturazione e l'ammodernamento di quelle esistenti, al fine di adeguarle a quanto previsto dagli *standard* internazionali. Si è poi deciso per la chiusura di quelle più fatiscenti o poco funzionali. Nelle nostre carceri nessun detenuto occupa attualmente uno spazio inferiore ai tre metri quadri.

Come enunciato nell'art. 27 della nostra Costituzione la pena deve tendere alla rieducazione del condannato: la riabilitazione è dunque, al pari della sua funzione retributiva, un aspetto strutturale e imprescindibile della pena (sul riconoscimento del valore centrale della dignità umana nel quadro dello scopo della pena v. [Chenal](#)). Proprio per rendere concreto il dettato costituzionale, il nostro Governo si è impegnato su più fronti affinché i detenuti possano vivere il carcere come vera occasione di redenzione e riscatto sociale. Sono infatti state incrementate le ore che i detenuti condannati per reati meno gravi possono trascorrere fuori dalle celle per svolgere attività di vario genere,

sia ricreative sia formative o lavorative. Anche l'importante aspetto delle relazioni con i propri congiunti è stato affrontato: da un lato sono state incrementate le occasioni di visita, dall'altro sono state introdotte nuove modalità per restare in contatto con i propri cari, come la possibilità di poterli raggiungere anche con un collegamento Skype. Sono stati inoltre notevolmente incrementati i luoghi dedicati ai minori che si recano in carcere per visitare un proprio caro e quelli dedicati ad attività culturali (biblioteche) e sportive.

Qualora, nonostante gli sforzi profusi, un detenuto ritenga che la situazione in cui si trovi o si sia trovato a scontare la pena possa assurgere a una violazione dell'art. 3 della Convenzione, il nostro Governo ha approvato un decreto legge, poi convertito nella L. n. 117 dell'11 agosto 2014, con il quale viene introdotto nella legge 26 luglio 1975, n. 354, Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, il nuovo art. 35-ter, un'importante misura di tipo compensativo (che si affianca a quella di tipo preventivo prevista con il procedimento di reclamo *ex* art. 35-bis) basata su un duplice meccanismo di sconto di pena (un giorno per ogni dieci giorni di accertata violazione qualora si siano spesi almeno quindici giorni in una situazione pregiudizievole) e, laddove ciò non sia possibile perché la pena è già stata integralmente scontata, su una compensazione pecuniaria (otto euro per ogni giorno di sconto di pena non goduto).

L'applicazione di queste misure, sia preventive (il procedimento di reclamo previsto dall'art. 35-bis) sia soprattutto compensative, non sarà però scevra da difficoltà, tanto è vero che la stessa Corte europea, nella decisione di irricevibilità sul caso *Stella e altri c. Italia*, si è riservata di pronunciarsi su eventuali doglianze qualora i due meccanismi non si rivelino poi di fatto efficaci (par. 54 e 62).

Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale.

Infine, oltre alle novità sopra richiamate, una nuova misura adottata dalle autorità italiane riguarda l'attività di verifica e di monitoraggio delle condizioni detentive nel nostro Paese: si tratta dell'avvenuta istituzione, con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, del già menzionato *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale*. Il Ministero della Giustizia, con decreto 11 marzo 2015, n. 36, entrato in vigore il 15 aprile 2015, ha poi approvato il *Regolamento recante la struttura e la composizione dell'ufficio del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* (GU Serie Generale n. 75 del 31-3-2015). Da ultimo, nella seduta della Camera dei deputati del 1° ottobre 2015, in seno alla Commissione Giustizia, è stato dato parere favorevole alla nomina della persona individuata per ricoprire tale ruolo, il

prof. Mauro Palma, che dovrà ora essere ufficialmente nominato dal Presidente della Repubblica.

L'importanza dell'istituzione del Garante nazionale nell'ottica dell'adempimento di obblighi internazionali da parte del nostro Paese rileva anche alla luce della stretta cooperazione prevista tra tale organo di sorveglianza interno e le autorità internazionali istituite con analoghe finalità, previste dalle *Regole penitenziarie del 2006* adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Inoltre, le autorità di vigilanza interne, prima fra tutte proprio il Garante di nuova istituzione, possono poi svolgere un ruolo di utile veicolo di informazioni periodiche nei confronti del Comitato istituito dalla *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti*, del 27 novembre 1987, organo chiamato a visitare, con accesso illimitato e libertà di comunicazione, i luoghi di detenzione dei diversi Stati membri per verificare le condizioni di trattamento delle persone private della libertà e inviare successivamente un rapporto al Governo dello Stato interessato con invito a fornire risposte dettagliate a eventuali raccomandazioni o commenti (<http://www.cpt.coe.int>).

Per quanto riguarda il nostro Paese, la prossima visita è prevista proprio per il 2016 e sarà dunque possibile testare a stretto giro sia il peso che tale nuova figura potrà avere in materia di tutela dei diritti dei detenuti, sia più in generale lo stato del rispetto dei diritti dei detenuti in Italia (in proposito si segnala [questa Comunicazione](#), depositata lo scorso 2 dicembre presso il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in vista della riunione del prossimo marzo, con la quale si criticano alcune delle misure adottate nel nostro Paese, ritenendole inadeguate a risolvere il problema della violazione strutturale dell'art. 3 Cedu).

Gli Stati generali dell'esecuzione penale: un nuovo inizio?

Tutti i provvedimenti ad oggi messi in atto nel nostro Paese partono dal presupposto di una riconcettualizzazione della nozione di pena o meglio, come già rilevato, di un ritorno alle origini costituzionali delle sue finalità. Come ogni "rivoluzione culturale", anche in questo ambito un ruolo centrale deve essere svolto dalla società civile oltre che dagli operatori direttamente coinvolti nelle diverse attività.

A tal fine il Governo italiano ha avviato il 19 maggio 2015 un percorso di sei mesi, denominato [Stati generali dell'esecuzione penale](#), con lo scopo di definire concretamente un nuovo modello di esecuzione penale e una differente fisionomia del sistema carcerario che sia più dignitoso sia per chi vi lavora sia per i detenuti.

L'impianto di questa iniziativa è consistito nell'istituzione di 18 tavoli tematici, idealmente luoghi di studio e confronto. I temi sono i più vari: si va dall'architettura carceraria all'educazione e sport, dalla vita detentiva alla territorializzazione della pena, dalle donne e i minori in carcere al lavoro, dalla salute alle misure di sicurezza, dalle misu-

re di comunità, dalla mediazione e da altre misure di stampo “riparativo” alla formazione del personale, dal processo di reinserimento all’organizzazione e amministrazione dell’esecuzione penale.

Il progetto è stato molto ambizioso, ma si dovrà attendere ancora per valutarne i frutti. Sarà in particolare interessante accedere alle conclusioni del tavolo 14 su *Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali*. Gli esperti che sono stati individuati hanno infatti convenuto di affrontare importanti tematiche, tra cui la tutela delle detenute madri; la tutela del diritto e dei bisogni all’affettività dei detenuti; i diritti e bisogni specifici dei detenuti stranieri; la tutela dei diritti dei detenuti; il circuito penitenziario minorile; le misure alternative alla detenzione.

Il Rapporto dell’agosto 2015

Nonostante gli sforzi profusi dal nostro Governo, un attento e costante monitoraggio sulla situazione del sovraffollamento carcerario in Italia si impone anche alla luce delle conclusioni cui è giunto l’Alto Commissario per i diritti umani nel citato Rapporto dell’agosto 2015: sono molti infatti i diritti che possono essere violati in situazioni di sovraffollamento. Tra questi rilevano, oltre alla libertà dalla tortura e da altri trattamenti inumani o degradanti, il diritto alla libertà e alla sicurezza; il diritto alla salute; il diritto al cibo, all’acqua e ai servizi igienici; il diritto all’istruzione e alla riabilitazione; la libertà di religione e di credo; il diritto alla *privacy* e alla vita familiare; il diritto all’eguaglianza e alla non discriminazione.

Prendendo atto che il sovraffollamento e l’abuso del ricorso a misure privative della libertà personale sono fenomeni complessi e che pertanto non possono essere affrontati e risolti da un giorno all’altro, l’Alto Commissario correttamente propone l’adozione di un approccio olistico che preveda una combinazione di misure legislative, amministrative, politiche ed economiche. In particolare, egli rileva che spesso una delle soluzioni maggiormente paventate dagli Stati, ovvero la costruzione di nuove strutture o la ristrutturazione di quelle già esistenti, si pone come mero palliativo di breve e medio periodo: solo, infatti, riforme legislative strutturali possono costituire una risposta efficace e duratura al problema. In quest’ottica non può che valutarsi positivamente il percorso intrapreso dal nostro Paese di individuare misure che, da un lato, possano limitare allo stretto necessario il numero delle persone che varcano le soglie del carcere e, dall’altro, possano migliorare le condizioni di vita di chi vi è rinchiuso. Infine, riteniamo che un ruolo centrale nel contrasto al sovraffollamento e all’abuso di misure privative della libertà personale possa essere svolto proprio da un efficace e costante sistema di monitoraggio dei luoghi di reclusione da parte di specifici organi all’uopo preposti, in quanto ciò aumenta la trasparenza e l’efficienza del sistema carcerario stesso. L’esistenza di meccanismi di reclamo indipendenti facilmente acces-

sibili da parte dei detenuti, come quelli introdotti nel nostro ordinamento, è poi ugualmente importante al fine di alleviare i fenomeni in esame e le loro nefaste conseguenze.

31 gennaio 2016

Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa

GABRIELE DELLA MORTE (*)

1. Una premessa necessaria

L'8 giugno 2016 la Camera dei deputati del Parlamento italiano, dopo un lungo e travagliato *iter* che ha registrato diverse proposte contrastanti, ha definitivamente approvato, con 237 voti a favore, 5 contrari, e 102 astenuti, la [proposta di legge n. 2874-B che punisce il negazionismo](#) (così come modificata dal Senato il 3 maggio 2016). La proposta consta di un solo articolo con il quale si aggiunge un nuovo comma *3-bis* all'art. 3 della legge n. 654 del 1975, e successive modifiche. In esso si sancisce la reclusione da 2 a 6 anni nei casi in cui «la propaganda, ovvero l'istigazione e l'incitamento, commesso in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232».

Non è questa la sede per un esame approfondito delle questioni di stampo penalistico che detta legge introduce, a partire dalla lettura combinata con le altre disposizioni della legge c.d. Mancino, sino al coordinamento con altre fattispecie già previste nel nostro ordinamento (quale, ad esempio, [l'art. 8 della legge 9 ottobre 1967 n. 962](#), che prevede il reato di pubblica istigazione e di apologia di genocidio). Pertanto, rimandando detta valutazione ad un approfondimento successivo da elaborare in dialogo con i colleghi penalisti, desidero qui

(*) Università Cattolica di Milano.

avanzare alcune prime impressioni critiche intorno a tre questioni generali.

Tuttavia, una premessa s'impone: la mia opinione, sul tema del reato di negazionismo, è chiara, e si riflette in quella espressa da Carlo Ginzburg nel corso di una [ricca giornata di audizioni – anche di segno divergente – in Senato](#): «il negazionismo non è un'opinione [...] è una menzogna. [Ma] ritengo che non bisogna trasformare questa menzogna in un reato». Piuttosto, non intendo ribadire un orientamento già ampiamente argomentato anche in un precedente [post](#) ospitato su questa piattaforma (in rispettoso dissenso da quanto sostenuto da [Giorgio Sacerdoti](#)). Piuttosto, desidero concentrare l'attenzione sul provvedimento adottato e sulle gravi vulnerabilità dalle quali mi sembra affetto.

2. Prima critica: sulla divergenza della legge italiana rispetto a quanto richiesto dalla Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea

Come accennato, il disegno approvato è il risultato di un lungo e tortuoso processo che si è snodato per quasi dieci anni, e cioè da quando, nel 2007, la proposta avanzata dal Ministro della giustizia (Mastella) fu accantonata a causa di una [ferma protesta della comunità degli storici](#). L'anno successivo, il 28 novembre 2008, è intervenuta una Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea (d'ora innanzi: [Decisione 2008/913/GAI](#)) con la quale si domandava agli Stati membri di punire determinate condotte razziste e negazioniste.

È alla luce di questo ultimo atto che occorre interpretare la ripresa del progetto in Italia, dalla presentazione del disegno [bipartisan n. 3511](#) dell'8 ottobre 2012, sino all'approvazione definitiva (per una ricostruzione dell'intero, disorientato, *iter*, si vedano, oltre gli studi qui citati, i [dossier consultabili presso il sito della Camera dei deputati](#)). Tuttavia, e giungo così alla mia prima critica, la Decisione 2008/913/GAI, in nome della quale sono stati avanzati i progetti, si differenzia nettamente dalla soluzione approntata dal legislatore italiano.

Si confrontino, al riguardo, le due normative.

Nella prima, Decisione 2008/913/GAI del 28 novembre 2008, si richiede agli Stati membri di punire (art. 1, *corsivo* aggiunto): lett. *a*): «l'*istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone*, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica»; o ancora, lett. *b*): «la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera *a*) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale»; o ancora, lett. *c*) «l'*apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana* dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale *dirette pubblica-*

mente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica, *quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all'odio*»; o infine, lett. d), nei casi in cui «*l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana* si riferiscano ai crimini di competenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga» alle stesse condizioni previste alla lettera precedente.

Diversamente, la legge adottata dal Parlamento italiano ha per oggetto la «propaganda», che manca del tutto nella Decisione 2008/913/GAI, «ovvero l'istigazione e l'incitamento, commesso in modo che derivi concreto pericolo di diffusione».

A ciò si aggiunge che anche ad un esame comparativo della lista dei crimini che beneficiano di questa tutela ulteriore si riscontrano delle rilevanti differenze. La Decisione 2008/913/GAI si riferisce a: (i) genocidio; (ii) crimini contro l'umanità; (iii) crimini di guerra; e (iv) crimini previsti nello Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga, cioè, *in primis*, aggressione. Differentemente, la legge italiana si riferisce alle sole prime tre categorie, ma non alla quarta, e con la significativa aggiunta della *Shoah*.

Non occorre un particolare sforzo di esegesi per rendersi conto della diversa portata della norma. Mentre nel caso della Decisione 2008/913/GAI viene richiesto agli Stati membri di punire condotte improntate all'«apologia», alla «negazione» o alla «minimizzazione grossolana dirette pubblicamente contro un gruppo di persone [...] in modo atto a istigare alla violenza o all'odio», nel caso italiano il negazionismo si atteggia come una sorta di aggravante rispetto ai reati di discriminazione razziale e di xenofobia. Tuttavia, il campo di azione di tale ultima disposizione è amplissimo e molto intrusivo. E non solo perché si è eliminata la parola «pubblicamente» sulla scorta di quanto richiesto dalla presidente della commissione Giustizia della Camera, ma anche perché si estende la punibilità («dai 2 ai 6 anni», contro la «durata massima compresa tra uno e tre anni» prevista dall'art. 3 della Decisione 2008/913/GAI), nei casi in cui la propaganda, l'istigazione e l'incitamento si fondino «in tutto o in parte» su un novero di crimini che contengono anche i crimini di guerra. Questi ultimi includono anche fattispecie *soi disant* minori, come il fatto di «dirigere deliberatamente attacchi contro [...] proprietà che non siano obiettivi militari»; o ancora di «dirigere intenzionalmente attacchi contro [...] ospedali, purché tali edifici non siano utilizzati per fini militari» ([Statuto della Corte penale internazionale](#), art. 8.2.b.ii, e art. 8.2.b.ix, per quanto concerne i conflitti armati a carattere internazionale, e art. 8.2.e.iv, per quanto concerne i conflitti a carattere non internazionale). Né vale obiettare che nella legge approvata si stabilisce che siano punite le condotte di propaganda, istigazione e incitamento, compiute «in modo che derivi concreto pericolo di diffusione». Infatti, come sia possibile,

con le attuali tecnologie, che tale pericolo non si concretizzi... non è dato sapere. A prendere seriamente la norma, anche un semplice *post* potrebbe condurre ad una condanna di negazionismo! Infatti, basterebbe che nel suddetto *post* ci si limiti a giustificare dei crimini di guerra compiuti nel corso di operazioni militari condotte da gruppi accusati di politiche discriminatorie (come nel caso del conflitto israelo-palestinese, per fare un esempio fuori dal perimetro del *politically correct*).

Proprio per ovviare a tali inconvenienti, la Decisione 2008/913/GAI aveva aggiunto, all'art. 1, par. 4, che gli Stati avessero la facoltà di rendere punibili esclusivamente quei crimini che fossero stati accertati «da una decisione passata in giudicato di un organo giurisdizionale nazionale di detto Stato membro e/o di un tribunale internazionale, oppure esclusivamente da una decisione passata in giudicato di un tribunale internazionale». Tuttavia, quando il Parlamento italiano ha sondato questa possibilità (ci riferiamo al [disegno di legge n. 54-B](#) approvato dal Senato della Repubblica l'11 febbraio 2015 e modificato dalla Camera dei deputati il 13 ottobre 2015) lo ha fatto in modo approssimativo, prevedendo che nell'elenco dei crimini considerati 'non negabili' si tenesse conto non solo «dei fatti accertati con sentenza passata in giudicato, pronunciata da un organo di giustizia internazionale» ma anche di quelli accertati in «atti di organismi internazionali e sovranazionali dei quali l'Italia è membro». Tale ultima circostanza avrebbe esteso la "non negabilità" anche ai crimini menzionati in atti di *soft law* quali ad esempio, quelli prodotti dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (notoriamente sensibile, per evidenti ragioni numeriche, alle istanze degli Stati non occidentali). Per questa ragione, la proposta è stata in seguito abbandonata.

3. Seconda critica: sull'assenza di ogni riferimento in merito a chi disporrà del potere di accertare i crimini oggetto di tutela

In stretta connessione con quanto appena riportato, avanzo la mia seconda, maggiore, critica. Tra le vulnerabilità della legge appena approvata assume una particolare rilevanza la circostanza per cui non si menziona in alcun modo quello che sarebbe stato sopra ogni altra cosa importante specificare, e cioè *chi* avrà il potere di qualificare il crimine oggetto di questa particolare forma di tutela.

Su questo punto, per me fondamentale, la legge tace. Chi avrà questo potere? Un giudice internazionale (e nel caso, quale)? Un giudice interno? Un giudice straniero? Il legislatore italiano? Il legislatore straniero?

Ciascuna di queste soluzioni presenta dei problemi di difficile risoluzione. Se si attribuisse tale potere al legislatore, ad esempio, si porrebbe la questione della interferenze tra mondo politico e giudiziario, rinverdendo la critica ribadita, anche recentemente, da autorevoli storici ([Marcello Flores](#)) di creare indebite "verità di Stato". Se si at-

tribuisse tale potere al giudice interno, poi... non sarebbe fuori luogo domandarsi sulla base di quali competenze. Inoltre, chi ha avuto modo di studiare la complessità di un processo penale celebrato dinanzi ad un tribunale internazionale, sa bene quanto sia difficile operare un accertamento a centinaia, se non migliaia, chilometri dal teatro degli eventi, per riferirci alle sole distanze spaziali. Come potrebbe, un singolo giudice interno, provvedere in tal senso? Eppure, qualificare una condotta diretta a 'negare' un crimine di guerra attribuito – ad esempio – ad un esponente del Fronte di Liberazione del Polisario che si batte per la l'autodeterminazione del Sahara occidentale significa innanzitutto... inquadrare giuridicamente la spinosa questione del Sahara occidentale!

4. Terza critica: come intendere il rinvio agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte? Due possibili interpretazioni, nessuna delle quali priva di contro-indicazioni

Da ultimo, il provvedimento in esame pone un'ulteriore, delicata, distinzione quando differenzia la *Shoah* dalle altre fattispecie. Infatti, il disegno di legge approvato l'8 giugno 2016 si limita a menzionare la negazione della *Shoah* «o» dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra «*come definiti* dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale, *ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*» (*corsivo* aggiunto).

Come bisogna intendere questo rinvio? Due sono le ricostruzioni possibili, nessuna delle quali al riparo da alcune gravi contro-indicazioni.

Secondo una prima interpretazione, il riferimento ai crimini «*come definiti*» dagli articoli 6, 7 e 8 dovrebbe essere inteso quale un richiamo alla sola questione, appunto, 'definitoria', avulsa tanto dallo Statuto medesimo quanto dagli *Elements of crimes* (i quali «shall assist the Court in the interpretation and application of articles 6, 7 and 8, consistent with the Statute»).

Tre ordini di ragioni ostacolano tale interpretazione.

Il primo argomento è di ordine logico-testuale: se è vero che il disegno di legge approvato l'8 giugno 2016 si riferisce ai crimini «*come definiti* dagli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto», è altrettanto vero che esso aggiunge «*ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232*» (il *corsivo* è mio). Ora, poiché quest'ultima legge ([12 luglio 1999 n. 232](#)) sancisce all'articolo 2 che «piena ed intera esecuzione è data allo Statuto [...] a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, *in conformità a quanto disposto dall'articolo 126 dello Statuto stesso*» (*corsivo* sempre mio), il combinato disposto da tali norme lascia presumere che i crimini ai quali la legge si riferisce siano quelli successivi alla data dell'entrata in vigore: 1° luglio 2002.

D'altra parte, e vengo così all'opposizione di ordine deduttivo (secondo argomento *contra*), sostenere il contrario significherebbe

esporsi al rischio di non individuare alcun *dies a quo* a marcare l'ambito temporale. Detto in altri termini, sostenere che il rinvio vada inteso solo come richiamo definitorio (stretto) e non anche sistematico (largo) significherebbe attribuire alla norma sul negazionismo il potere di punire chiunque neghi qualunque dei crimini suddetti... compiuti in ogni tempo. Né varrebbe obiettare che il problema non si pone in considerazione della recente formazione di tali figure. Infatti, se «genocidio» e «crimini contro l'umanità» rappresentano categorie relativamente contemporanee (sulle quali, vedi comunque quanto osserverò nella prossima obiezione), i «crimini di guerra» sono certamente più antichi: anche senza risalire ad episodi remoti, come il processo celebrato nei confronti di Peter Von Hagenbach nel 1474, basterà ricordare che il Codice Lieber è stato adottato nel 1863, la prima Convenzione di Ginevra è del 1864, e la prima Convenzione dell'Aja è del 1899.

Infine, giungo così al terzo argomento *contra* (di stampo teleologico), se così non fosse, se cioè non vi fosse alcuna distinzione nella competenza *ratione temporis* tra i crimini di cui agli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto della Corte penale internazionale e la *Shoah*... quale ragione vi sarebbe stata di indicare separatamente quest'ultima? Non rappresenta, la *Shoah* medesima, l'esempio massimo di genocidio e di crimini contro l'umanità? Non sono stati, questi ultimi, concepiti proprio in virtù di quel terribile, altrimenti inqualificabile, evento?

L'insieme di queste obiezioni spingerebbe a preferire una seconda interpretazione, ai sensi della quale, da un lato, c'è la *Shoah*, e dall'altro, il «genocidio, i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra» compresi alla luce dello Statuto e della legge di adattamento (ergo anche in relazione all'entrata in vigore: 1° luglio 2002).

Tuttavia, anche in quest'ultimo scenario non mancherebbero gravi controindicazioni, giacché lo spartiacque sarebbe storico. In altre parole, se tale interpretazione fosse corretta, la sola condotta di negazionismo punibile in relazione ad eventi anteriori al 1° luglio 2002 sarebbe quella riconducibile alla *Shoah* (dal momento che per tutti gli altri crimini "agganciati" agli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto il divieto si applicherebbe solo al periodo successivo all'entrata in vigore). *Contra*, chi intendesse 'negare' il massacro di Srebrenica, e cioè il più imponente crimine di massa compiuto sul suolo europeo dopo la seconda guerra mondiale (peraltro [qualificato tecnicamente come genocidio dal Tribunale delle Nazioni Unite per l'ex Jugoslavia](#)), non incorrerebbe in alcuna sanzione. Né incorrerebbe in sanzione chi "negasse" lo sterminio degli armeni, che pure è stato riconosciuto dalla nostra – a questo punto incongruente – Camera dei deputati con una risoluzione adottata il [16 novembre 2000](#). Vale la pena ricordare come detto sterminio sia stato riconosciuto [anche dal Parlamento tedesco](#) appena otto giorni prima dell'adozione del testo italiano.

5. Una conclusione inevitabile

Essendomi già occupato dei problemi teorici posti dalle questioni qui evocate, avevo maturato diverse perplessità in merito all'incriminazione delle condotte negazionistiche. Alcune di queste perplessità traggono origine da argomenti di natura utilitaristica, dal momento che aprire un procedimento penale nei confronti dei negazionisti significa offrire tribune per comizi prima ancora che tribunali per giudizi. Altre attengono alla necessità di separare ruoli e funzioni incommensurabili: del giudice, del legislatore e dello storico. Altre ancora appaiono più propriamente giuridiche, essendo fondate sull'esame dei principi desumibili dagli ordinamenti interni e internazionale (rimando ad uno studio pubblicato in *Diritto pubblico comparato ed europeo* sul tema).

A ciò occorre aggiungere che anche la prassi delle corti e degli organi internazionali sembra registrare diverse difficoltà interpretative. Si consideri, ad esempio, l'atteggiamento della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani nel recente *caso Perinçek*, relativo ad una condanna di negazionismo dello sterminio degli armeni. Nel ponderare la libertà di manifestazione del pensiero con il rispetto della vita familiare la Grande Camera della Corte ricorre a ben sette diversi criteri di bilanciamento! Inoltre, la sentenza con la quale si accoglie la doglianza è adottata con una maggioranza di soli dieci voti contro sette (per un approfondimento del tema rinvio al commento edito in *Rivista di diritto internazionale*, oltre al dibattito ospitato in *Questions of International Law*).

Tutto ciò premesso, l'esame della legge italiana sul negazionismo, insieme con lo studio dei dibattiti parlamentari che ne hanno preceduto l'adozione, non mi hanno spinto a cambiare avviso. Anzi, se possibile, hanno rafforzato l'iniziale convincimento critico, anche in virtù di una certa confusione concettuale che si registra nelle ultime, decisive e concitate, fasi del dibattito. A sostegno di quanto appena asserito rimando alla lettura del [resoconto stenografico della seduta del Senato del 3 maggio 2016](#), e in particolare all'argomento del «nemico alle porte» che individua delle inedite – indimostrate – connessioni tra la problematica del negazionismo e quello della minaccia terroristica.

In definitiva, a me sembra che il patrimonio di memorie sensibili, specialmente di quelle relative ai più gravi crimini, si tutela presidiandone, simbolicamente e culturalmente, i luoghi. Con confronti aperti e approfondimenti storici. Non attraverso norme penali. Specialmente siffatte.

22 giugno 2016

Mutuo riconoscimento e principio
della protezione equivalente
(*Bosphorus*):
riflessioni a margine della sentenza
della Grande Camera della Corte
Europea dei Diritti dell'Uomo nel
caso *Avotiņš c. Lettonia*

ORNELLA FERACI (*)

1. Premessa

Con [sentenza](#) dello scorso 23 maggio 2016, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla tutela "indiretta" dei principi dell'equo processo nell'ambito di un giudizio di riconoscimento ed esecuzione di una sentenza straniera disciplinato dal diritto dell'Unione europea. La decisione trae origine dal rinvio proposto dal ricorrente del procedimento ai sensi dell'art. 43 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) a seguito della sentenza resa il 25 febbraio 2014 dalla Quarta Sezione (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *Avotiņš c. Lettonia*, ricorso n. 17502/07), con la quale la Corte, a maggioranza dei suoi membri, aveva escluso che i giudici lettoni avessero violato le garanzie processuali dell'art. 6, par. 1, CEDU in sede di concessione dell'*exequatur* ad una decisione contumaciale cipriota (su quest'ultima decisione mi permetto di rinviare ad un mio precedente [commento](#)).

La questione posta all'esame della Corte ha consentito, per la prima volta, alla Grande Camera di valutare l'osservanza dell'art. 6, par. 1, CEDU nel contesto del mutuo riconoscimento delle decisioni

(*) Università degli Studi di Siena.

(civili) straniere nello spazio giudiziario europeo, così come disciplinato dal diritto dell'Unione europea, in particolare dal [regolamento](#) (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nella materia civile e commerciale (c.d. "Bruxelles I"), oggi interamente sostituito dal [regolamento](#) (UE) n. 1215/2012 (c.d. "Bruxelles I-bis"). Più in generale, la decisione della Grande Camera offre l'occasione per riflettere sull'operatività della presunzione di equivalenza della tutela dei diritti fondamentali assicurata dal diritto dell'Unione europea rispetto a quella garantita dalla Convenzione quale risultante dalla nota sentenza *Bosphorus* (cfr. [sentenza](#) della Grande Camera del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98; su di essa si vedano i commenti di [Cannizzaro](#) e [Ciampi](#)) in settori del diritto dell'Unione condizionati dal rispetto del principio della fiducia reciproca tra Stati membri. Questa nuova prospettiva consente di valutare se e a quali condizioni l'esigenza di osservare un obbligo derivante dall'appartenenza di uno Stato contraente ad un'organizzazione regionale di carattere sovranazionale, alla quale quest'ultimo abbia ceduto una parte della propria sovranità, quale l'obbligo di garantire il principio della libera circolazione delle decisioni straniere nella materia civile e commerciale – nell'osservanza dei soli vincoli derivanti dai motivi di diniego dell'esecuzione stabiliti in modo uniforme e tassativo dal diritto dell'Unione europea – possa costituire un'interferenza lecita rispetto alle garanzie dell'art. 6, par. 1, CEDU. Ciò assume una particolare rilevanza se si considera anche che la sentenza in esame rappresenta la prima reazione della Grande Camera al parere 2/13 (Corte di giustizia, [parere](#) 2/13 del 18 dicembre 2014 sul progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU, ECLI:EU:C:2014:2454) con il quale, com'è noto, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato incompatibile con le caratteristiche e peculiarità del diritto dell'Unione il progetto di accordo di adesione dell'Unione alla CEDU (su di esso si vedano i commenti di [Vezzani](#) e [Rossi](#) pubblicati su questo blog).

Non si tratta, in verità, del primo caso in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata chiamata a pronunciarsi sull'interazione tra il livello di protezione dei diritti fondamentali risultante dall'applicazione del principio *Bosphorus* in una fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione e il principio del mutuo riconoscimento operante, a livello europeo, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile. Già nel caso *Povse c. Austria* ([sentenza](#) del 18 giugno 2013, ricorso n. 3890/11, *Sofia Povse e Doris Povse c. Austria*), infatti, la Corte di Strasburgo aveva verificato la compatibilità con la CEDU della decisione con la quale le autorità giurisdizionali austriache avevano riconosciuto l'immediata esecutività di un provvedimento giurisdizionale italiano che ordinava il ritorno di un minore vittima di sottrazione internazionale, in base al [regolamento](#) (CE) n.

2201/2003 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nella materia matrimoniale e responsabilità parentale (c.d. "Bruxelles II-bis"). In tale occasione, tuttavia, la censura mossa dal ricorrente investiva la compatibilità di un'ipotesi particolare di abolizione dell'*exequatur* con il diritto alla tutela della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU. In base all'art. 42 del regolamento Bruxelles II-bis, infatti, alcuni provvedimenti che prescrivono il ritorno del minore devono essere dichiarati immediatamente esecutivi negli altri Stati membri, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al loro riconoscimento, allorché essi siano stati muniti di un certificato da parte dell'autorità di origine, a titolo di garanzia del rispetto dei diritti di difesa nel procedimento *a quo*. Nel caso *Povse c. Austria*, pertanto, la questione all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo implicava valutazioni sulle condizioni stabilite per le ingerenze consentite dall'art. 8, par. 2, della CEDU, in particolare, sul possibile superamento del principio *Bosphorus* in sede di valutazione del requisito della necessità «in una società democratica» dell'interferenza per il raggiungimento degli obiettivi consentiti dal paragrafo secondo della medesima disposizione.

2. I fatti di causa e il giudizio dinanzi alla quarta sezione della Corte di Strasburgo

La vicenda concreta riguardava la dichiarazione di esecutività (*exequatur*) rilasciata in conformità al regolamento (CE) n. 44/2001 dall'autorità giurisdizionale lettone (Senato della Suprema Corte) rispetto ad una sentenza contumaciale cipriota che aveva condannato un cittadino lettone, Sig. Avotiņš, al pagamento di una somma di denaro in favore di una società cipriota. In particolare, il giudice d'origine (Limassol District Court), che era stato adito sulla base di una clausola di scelta del foro contenuta nell'atto di ricognizione del debito sottoscritto dal ricorrente, aveva ordinato al Sig. Avotiņš, promotore finanziario residente a Garkalne (nel distretto di Riga), di pagare il debito contrattuale contratto a Cipro in forza di un contratto di prestito concluso con una società locale unitamente agli interessi maturati e alle spese legali dei procedimenti giudiziari. Il debitore era rimasto tuttavia contumace nel giudizio nello Stato di origine a causa di un difetto procedurale occorso al momento dell'instaurazione del giudizio di accertamento della responsabilità contrattuale che aveva impedito, a suo dire, l'esercizio dei suoi diritti di difesa: la notifica della domanda giudiziale, infatti, era stata effettuata presso un indirizzo in Lettonia ove quest'ultimo non aveva potuto prendere effettiva conoscenza del procedimento.

Conclusosi il processo a Cipro con una decisione di condanna nei confronti dell'Avotiņš, la società attrice aveva quindi attivato un procedimento in Lettonia per ottenere la dichiarazione di esecutività

della decisione, in conformità alle procedure stabilite dal regolamento *Bruxelles I*, allora applicabile *ratione temporis* alla fattispecie. Dopo una prima pronuncia negativa dell'autorità giurisdizionale locale (Riga Regional Court) resa nell'ambito della seconda fase, in contraddittorio, della procedura prescritta dal regolamento, il Senato della Corte suprema lettone, dinanzi al quale la società cipriota aveva infine proposto ricorso, aveva annullato la precedente decisione dichiarando così eseguibile il provvedimento straniero. Valorizzando la circostanza che la sentenza cipriota era ormai divenuta definitiva, il supremo giudice lettone aveva motivato la propria decisione sulla base della mancata impugnazione della decisione *de qua* nello Stato membro di origine («As [the applicant] did not appeal against the judgment, his lawyer's submissions to the effect that he was not duly notified of the examination of the case by a foreign court lack relevance»). La possibilità di far valere direttamente nello Stato membro di origine i vizi legati alla tutela dei diritti di difesa del convenuto contumace è concepita, infatti, dall'art. 34 n. 2 del regolamento *Bruxelles I* come limite al diniego di riconoscimento e esecuzione di una decisione contumaciale straniera al fine di sanzionare l'eventuale negligenza del convenuto contumace nello Stato d'origine. Secondo tale disposizione, infatti, il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza straniera ricadente nel campo di applicazione dello strumento può essere negato qualora «la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione». A questo riguardo, la Corte di giustizia ha chiarito che il convenuto contumace ha la "possibilità" di impugnare ai sensi dell'art. 34 n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001 «[...] solo se abbia avuto effettivamente conoscenza del contenuto della decisione, mediante notificazione o comunicazione effettuata in tempo utile per consentirgli di presentare le sue difese dinanzi al giudice dello Stato di origine» (così Corte di giustizia, [sentenza](#) del 14 dicembre 2006, *ASML Netherlands BV c. Semiconductor Industry Services GmbH*, causa C-283/05, par. 49).

Soltanto in sede di *exequatur*, dunque, l'Avotiņš aveva appreso dell'esistenza della sentenza cipriota e del relativo procedimento di esecuzione in Lettonia. Pertanto, ritenendo di aver subito un'indebita lesione dei propri diritti di difesa, questi aveva promosso un ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dei principi dell'equo processo sanciti dall'art. 6, par. 1, CEDU sia da parte delle autorità cipriote al momento dello svolgimento del giudizio di origine (violazione "diretta" della Convenzione) sia da parte delle autorità lettoni al momento della concessione dell'*exequatur* in base alla disciplina contenuta nel regolamento *Bruxelles I* (violazione "indiretta" o *par ricochet* della Convenzione; sulla rilevanza

dell'art. 6, par. 1, CEDU in relazione all'efficacia delle decisioni straniere si vedano: [Lopes Pegna](#)).

Nell'ambito del giudizio svoltosi dinanzi alla quarta sezione, la Corte di Strasburgo aveva, innanzitutto, dichiarato irricevibile la censura mossa nei confronti di Cipro a causa della tardiva proposizione del ricorso, non essendo stato osservato il requisito temporale dei sei mesi prescritto dall'art. 35, par. 1, della Convenzione. Non disponendo, pertanto, di competenza *ratione personae* per pronunciarsi sull'osservanza degli obblighi convenzionali da parte delle autorità cipriote, la Corte si era quindi limitata a valutare se il giudice dello Stato membro richiesto lettone avesse dichiarato eseguibile la sentenza cipriota dopo aver debitamente verificato il rispetto dei principi dell'equo processo nell'ambito del giudizio di origine. Tale obbligo di verifica, infatti, si impone alle autorità giurisdizionali degli Stati contraenti anche nei rapporti con altri Stati contraenti, in analogia con il principio espresso dalla Corte di Strasburgo nella [sentenza Pellegrini c. Italia](#) (sentenza del 20 luglio 2001, ricorso n. 30882/96, parr. 40-41) in relazione al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione resa dalle autorità giurisdizionali di uno Stato non contraente. Nella giurisprudenza successiva la Corte di Strasburgo ha poi confermato, in via generale, l'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU ai giudizi di esecuzione delle decisioni straniere passate in giudicato formale (cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, [Wagner e J.M.W. L. c. Lussemburgo](#), ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007; [McDonald c. Francia](#), ricorso n. 18648/04, decisione del 29 aprile 2008; [Vrbica c. Croazia](#), ricorso n. 32540/05, sentenza del 1 aprile 2010; [Sholokhov c. Armenia e Moldova](#), ricorso n. 40358/05, sentenza del 31 luglio 2012).

La quarta sezione aveva escluso la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU sulla base di due argomentazioni. In primo luogo, fondandosi sulla giurisprudenza *Bosphorus*, aveva sbrigativamente rammentato che il livello di protezione dei diritti fondamentali garantito nell'Unione europea deve ritenersi equivalente a quello imposto dalla Convenzione (par. 47 della sentenza) e che il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza dello Stato convenuto all'Unione, quale l'obbligo di dare esecuzione ad un regolamento sul diritto internazionale privato e processuale, costituisce una questione di interesse generale (par. 49 della sentenza). Pertanto, le autorità giurisdizionali lettone avevano dato corretta attuazione all'obbligo prescritto dal diritto europeo di assicurare una rapida ed efficace esecuzione della decisione cipriota in Lettonia, così come richiesto dal principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri. In secondo luogo – sulla base di considerazioni meno limpide rispetto ai poteri conferiti al proprio sindacato – la Corte di Strasburgo aveva ravvisato che il ricorrente avrebbe dovuto prevedere le conseguenze processuali del proprio inadempimento alla luce del tenore degli impegni contrattuali assunti con la contropar-

te e avrebbe potuto informarsi, anche tramite l'assistenza di un legale, sui rimedi processuali utili a far valere i propri diritti di difesa dinanzi alle autorità giurisdizionali dello Stato membro di origine (par. 51 della sentenza). Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la mancata impugnazione della decisione *de quo* a Cipro rappresentava un elemento decisivo per escludere qualsiasi lesione dei diritti di difesa del convenuto.

3. Le motivazioni della Grande Camera

Con la decisione *Avotiņš c. Lettonia* la Grande Camera – con 16 voti favorevoli e uno contrario – ha confermato le conclusioni della quarta sezione, escludendo qualsiasi violazione “indiretta” dell'art. 6, par. 1, CEDU da parte delle autorità lettoni. Le motivazioni seguite dalla Grande Camera si discostano, tuttavia, sotto alcuni aspetti, da quelle accolte dalla sezione semplice e sollevano questioni in parte già emerse nella prima decisione, in parte nuove.

In primo luogo, essa nell'applicare al caso di specie il principio della protezione equivalente enunciato nella sentenza *Bosphorus* ha non solo chiarito le ragioni dell'applicabilità del principio alla situazione concreta ma ha anche valutato il possibile superamento della presunzione nel caso di specie attraverso il test della «manifesta carenza» enunciato nella medesima sentenza (sentenza *Bosphorus*, cit., par. 156). Ciò mira a colmare una lacuna evidente nelle motivazioni della decisione della quarta sezione, che sul punto erano rimaste silenziose. Tutti i giudici della sezione semplice, infatti, compresi quelli dissenzienti, avevano condiviso l'applicabilità teorica del principio, come implicita conseguenza della riconducibilità della situazione di specie nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea, ma avevano poi omesso di indagare, in concreto, sia la sussistenza dei presupposti per la sua applicazione sia la possibile compressione, nel caso di specie, della tutela dei diritti fondamentali derivante dall'osservanza del regime del mutuo riconoscimento delle decisioni straniere nello spazio giudiziario europeo.

La Grande Camera, al contrario, seguendo le indicazioni sintetizzate dalla sentenza *Michaud* (Corte europea dei diritti dell'uomo, [sentenza](#) del 6 dicembre 2012, *Michaud c. Francia*, ricorso n. 12323/11, parr. 102-104) ha condotto un'analisi puntuale della fattispecie al fine di rinvenire, in primo luogo, la sussistenza delle condizioni sostanziali utili a giustificare il ricorso al principio della protezione equivalente.

A tale riguardo, essa ha rilevato, innanzitutto, che la Suprema Corte lettone era stata chiamata ad applicare una norma del diritto dell'Unione europea contenuta in un regolamento (ossia, l'art. 34 n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001), che per sua natura è direttamente applicabile in modo uniforme in tutti gli Stati membri ed è obbligatorio in tutti i suoi elementi, privando così il giudice nazionale di qual-

siasi margine di apprezzamento discrezionale (par. 106 della sentenza). In secondo luogo, la Corte di Strasburgo ha ravvisato che anche l'ulteriore condizione per l'applicazione del principio *Bosphorus*, che richiede la piena disponibilità di meccanismi di controllo della tutela dei diritti fondamentali previsti dal diritto dell'Unione, dovesse ritenersi soddisfatta (parr. 109-111 della sentenza). Su questo aspetto, la Corte ha fornito chiarimenti che finora erano risultati incerti nella giurisprudenza successiva al caso *Bosphorus*, circa la necessità che i meccanismi di controllo stessi siano stati effettivamente attivati nel caso concreto. A questo riguardo la Grande Camera sembra seguire un approccio nuovo e flessibile, ritenendo che tale requisito non risulta inficiato dalla circostanza che il Senato della Suprema Corte lettone non abbia sollevato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia al fine di ottenere l'interpretazione dell'art. 34 n. 2 del regolamento (CE) n. 44/2001. Quest'ultimo aspetto, infatti, non può essere inteso come una *condicio sine qua* non per il funzionamento del principio *Bosphorus*, in quanto eccessivo rispetto alla *ratio* sottesa allo stesso (par. 109 della sentenza). Nel caso di specie, pertanto, la suprema corte lettone non avrebbe – implicitamente – ravvisato, nell'interpretare la norma europea applicabile al caso di specie, una «genuine and serious issue» rispetto alla protezione dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione tale da richiedere una pronuncia in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. La Grande Camera ha altresì precisato che la seconda condizione per l'applicabilità del principio *Bosphorus* deve essere comunque valutata rispetto alle circostanze del caso concreto. A questo riguardo, essa ha valorizzato esclusivamente la condotta inerte del ricorrente, senza prestare alcuna attenzione alla natura di giudice di ultima istanza dell'autorità lettone e all'obbligo di proposizione del rinvio pregiudiziale che incomberebbe su quest'ultima ai sensi dell'art. 267 TFUE. La Grande Camera invece si è limitata a rilevare che il ricorrente non aveva sollevato alcun dubbio circa l'interpretazione del motivo di diniego del riconoscimento in sede di *exequatur* della decisione cipriota, né tantomeno sollecitato il giudice lettone a sollevare un rinvio pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia (par. 111 della sentenza). Pertanto, il giudice dello Stato membro richiesto aveva semplicemente adempiuto agli obblighi derivanti per la Lettonia dalla sua appartenenza all'Unione europea agendo conformemente alle disposizioni contenute nella Convenzione.

Successivamente, la Grande Camera, svolgendo considerazioni sui limiti imposti alla libera circolazione delle sentenze nella materia civile e commerciale, in deroga al principio del riconoscimento automatico, stabilito dal regolamento Bruxelles I, ha valutato ed infine escluso che, nel caso di specie, nell'applicare tale normativa, la tutela dei diritti fondamentali coinvolti risultasse «manifestamente carente» («manifestly deficient»), situazione quest'ultima che, come indicato

dalla sentenza *Bosphorus*, rappresenta l'unica ipotesi in cui l'interesse alla salvaguardia della cooperazione internazionale, posto alla base della teoria della protezione equivalente, potrebbe essere superato dal ruolo della Convenzione di «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo» (sentenza *Bosphorus*, cit., par. 156).

4. Sull'applicabilità del principio “*Bosphorus*” e sulla sua interferenza con il principio del mutuo riconoscimento

Il caso di specie suscita vari spunti di riflessione, alcuni attorno alle modalità di protezione dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea, allorquando operi il principio della fiducia reciproca (1), altri concernenti i limiti del sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo in fattispecie ricadenti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea (2).

Sotto il primo profilo, la sentenza in rilievo solleva, innanzitutto, la questione dell'applicabilità del principio della protezione equivalente in una situazione, come quella di specie, che risulta disciplinata da una disciplina europea uniforme di diritto internazionale privato (nella specie, il Regolamento (CE) n. 44/2001) adottata in attuazione al principio della fiducia reciproca tra Stati membri. Ciò comporta infatti la possibilità che l'applicazione della protezione equivalente sia depotenziata dal diverso bilanciamento dei valori fondamentali in gioco operato nell'ambito del diritto dell'Unione e posto a fondamento del principio della fiducia reciproca ai fini dell'amministrazione della giustizia in seno all'Unione.

Com'è noto, il mutuo riconoscimento rappresenta un «principio costituzionale» del diritto dell'Unione europea che permea l'intero spazio di «libertà, sicurezza e giustizia» disciplinato dal Titolo V, Parte III, del TFEU (cfr. sul punto: [Lenaerts](#)). Esso trae origine dal principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri che si traduce nella circostanza che i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare nella Carta (v., in tal senso, [sentenza F.](#), C-168/13 PPU, EU:C:2013:358, punto 50, nonché, per analogia, per quanto riguarda la cooperazione giudiziaria in materia civile, [sentenza Aguirre Zarraga](#), C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, punto 70). Il carattere primario della fiducia reciproca nel contesto del diritto dell'Unione poggia, infatti, 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 si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE» (Corte di giustizia, parere 2/13, cit., par. 168).

In particolare, la centralità del principio del mutuo riconoscimento nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia civile, risulta, a livello normativo, sia dall'art. 67, par. 4, TFUE secondo cui

«l'Unione facilita l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile», sia dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 ove è stato definito come «la pietra angolare» della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale (cfr. [Weller](#)). Occorre tuttavia ricordare che anche il diritto derivato europeo volto a dare attuazione al principio del riconoscimento automatico delle decisioni è tenuto a rispettare i diritti fondamentali enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dai principi generali.

Rispetto alla circolazione delle decisioni rese nella materia civile e commerciale, il regime di riconoscimento e di esecuzione previsto nel regolamento Bruxelles I attua la fiducia reciproca tra Stati membri prevedendo che le decisioni giudiziarie emesse in uno Stato membro siano non solo riconosciute di pieno diritto in un altro Stato membro, ma anche che la procedura diretta a rendere tali decisioni esecutive in quest'ultimo Stato sia rapida ed efficace. Nell'ambito del regolamento (CE) n. 44/2001, lo Stato membro dell'esecuzione può rifiutarsi di eseguire la sentenza straniera solo quando ricorrono i motivi tassativi di diniego del riconoscimento stabiliti dall'art. 34 e dall'art. 35, par. 1, dello stesso, come interpretati dalla Corte di giustizia, i quali costituiscono eccezioni rispetto al principio generale della libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo e devono essere pertanto oggetto di interpretazione restrittiva. Com'è noto, in questo contesto la fiducia reciproca risulta oggi rafforzata dal regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I-bis") che ha sostituito il regolamento (CE) n. 44/2001, nei rapporti tra Stati membri, a decorrere dal 10 gennaio 2015, introducendo, tra le altre cose, il principio dell'esecuzione automatica (abolizione dell'*exequatur*) delle decisioni.

Come visto, la maggioranza dei giudici della Grande Camera è stata netta nel ravvisare la sussistenza delle condizioni sostanziali per l'applicabilità nel caso di specie del principio *Bosphorus*, così come sintetizzate nella sentenza *Michaud*, senza introdurre correttivi legati alla particolarità del settore del diritto dell'Unione interessato. Se la sussistenza del primo requisito (assenza di discrezionalità per le autorità nazionali nell'attuazione dell'obbligo posto dal diritto dell'Unione) non desta particolari perplessità, l'osservanza del secondo criterio (afferente al corretto funzionamento dei meccanismi di controllo dei diritti fondamentali offerti dal diritto dell'Unione) appare meno pacifica nel caso di specie. Come visto, la posizione tenuta dalla Grande Camera a questo riguardo appare flessibile, avendo quest'ultima sganciato la protezione equivalente dall'esigenza che il meccanismo di controllo previsto dal diritto dell'Unione sia stato effettivamente attivato nello Stato membro convenuto. La Corte giustifica questo approccio sostenendo che l'obbligo di sollevare dinanzi alla Corte di giustizia una domanda pregiudiziale di interpretazione non

si imporrebbe quando non sorgano serie e genuine questioni riguardo alla protezione dei diritti fondamentali da parte del diritto dell'Unione o quando la Corte di giustizia abbia già interpretato le norme europee applicabili (par. 109 della sentenza). Ciò pare porsi in linea con l'orientamento della Corte di giustizia secondo cui le autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza possono derogare all'obbligo di rinvio pregiudiziale quando l'interpretazione della norma in questione è chiara o risulta già da una pronuncia della Corte di giustizia su una questione identica o analoga (si veda la [sentenza](#) 6 ottobre 1982, *CILFIT*, causa 283/81, EU:C:1982:335). L'indicazione sopra menzionata della Grande Camera potrebbe, tuttavia, implicare un affievolimento del significato della condizione, e, quindi, del principio che su di essa si fonda, indebolendo di fatto il «ruolo complementare» dei giudici nazionali nei meccanismi di controllo del diritto dell'Unione atti a fornire garanzie sulla protezione dei diritti convenzionali (*Bosphorus*, cit., par 164). La circostanza che, nel caso di specie, il ricorrente non abbia sollecitato la Suprema Corte lettone a sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai fini dell'interpretazione dell'art. 34 n. 2 del regolamento Bruxelles I non esonererebbe in ogni caso il giudice nazionale di ultima istanza (dello Stato membro richiesto) dall'obbligo di motivare le ragioni che non giustificano un suo ricorso alla Corte di giustizia anche quando quest'ultimo sembra aver completamente ignorato l'ipotesi di un rinvio in relazione alla fattispecie concreta con il rischio di avallare una violazione di un diritto fondamentale (si veda al riguardo anche il richiamo a ciò operato dalla Grande Camera, nel par. 110, alle [sentenze](#) 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten and Rezabeck v. Belgio*, ricorsi nn. 3989/07 e 38353/07; 8 aprile 2014, *Dhabi v. Italia*, ricorso n. 17120/09, nonché sul tema Marino, «L'obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione delle sentenze nell'Unione», in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1270 ss.). A questo riguardo la corte lettone sembra non essersi posta il problema di un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 34 n. 2 del regolamento Bruxelles I rispetto alla tutela dei diritti di difesa del convenuto contumace, ciò che farebbe pensare ad un'adesione da parte di quest'ultima alla giurisprudenza interpretativa sul punto. Tuttavia, il giudice dello Stato dell'esecuzione non ha, al contempo, correttamente applicato le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nel caso *ASLM* circa l'esigenza di un'effettiva conoscenza del contenuto della sentenza da impugnare, da acquisirsi, come visto, attraverso la notifica della stessa.

Sotto questo profilo il caso di specie, in effetti, si differenzia dalle situazioni concrete nelle quali il principio della protezione equivalente è venuto finora in rilievo nell'ambito della giurisprudenza della Corte. Nel caso *Bosphorus*, infatti, l'autorità giurisdizionale irlandese aveva preventivamente richiesto un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte sul regolamento applicabile nel caso concreto ed

aveva ottenuto a tale riguardo indicazioni dalla stessa (*Bosphorus*, cit., parr. 42-55). Il caso qui in esame si distingue anche da *Michaud*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato che la presunzione di tutela equivalente doveva ritenersi confutata nelle circostanze del caso di specie, in considerazione del fatto che il meccanismo di controllo previsto dalla legislazione dell'Unione europea non era stato attivato, poiché il *Conseil d'Etat* francese aveva rifiutato di presentare domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia sulla dedotta violazione dei diritti del ricorrente previsti dalla Convenzione (*Michaud*, cit., par. 115). Nel caso *Povse*, la Corte europea dei diritti dell'uomo non aveva ravvisato, al contrario, alcun cattivo funzionamento dei meccanismi di controllo dell'osservanza dei diritti delle ricorrenti tutelati dalla Convenzione, atteso che l'autorità dello Stato membro convenuto (Corte suprema austriaca) aveva correttamente fatto uso del meccanismo di controllo previsto dalla legislazione dell'Unione Europea, avendo essa presentato domanda di pronuncia pregiudiziale di interpretazione dell'art. 11(8) del regolamento Bruxelles II-bis alla CGUE nel corso del primo procedimento relativo all'esecuzione della sentenza italiana controversa che disponeva il ritorno di un minore (*Povse*, cit., par. 81).

In effetti la questione oggetto del caso *Avotiņš c. Lettonia* è apparsa peculiare anche ai giudici Lemmens e Briede, che, pur condividendo le conclusioni della maggioranza, hanno tuttavia ravvisato che nel caso di specie mancasse il presupposto stesso delle argomentazioni della Corte, ossia il difetto processuale contestato nell'ambito del giudizio dello Stato membro richiesto. Ciò rendeva superfluo, a loro avviso, il ricorso al principio *Bosphorus* (*joint concurring opinion* dei giudici Lemmens e Briede, par. 6).

Soltanto il giudice dissenziente Sajó ha, invece, valorizzato la particolarità della materia oggetto della sentenza, evidenziando le possibili criticità dell'estensione del principio *Bosphorus* a settori del diritto dell'Unione europea ispirati al mutuo riconoscimento. Tale scelta, a suo avviso, darebbe luogo a una «presumption unsustainable by the realities of life even according to the CJEU, as became clear most recently in C-404/15 and C-659/15 PPU. This Court shall remain faithful to its position adopted in *M.S.S.* [...]» (*dissenting opinion* del giudice Sajó, par. 9). Il rilievo, in altre parole, segnala il rischio di una radicalizzazione della presunzione di protezione equivalente che possa di fatto condurre a legittimare violazioni di garanzie convenzionali attraverso l'applicazione del diritto dell'Unione. Il fugace richiamo operato dal giudice Sajó è alla recentissima [sentenza](#) della Corte di giustizia resa nel caso *Aranyosi e Căldăraru* decisa dalla Grande Camera lo scorso 5 aprile 2016 in relazione all'esecuzione di un mandato di arresto europeo (Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 5 aprile 2016, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, su cui si veda il commento di

Lazzerini, “Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all’esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza *Aranyosi e Căldăraru*”, in corso di pubblicazione in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, n. 2). In tale pronuncia la Grande Sezione della Corte di giustizia, con riguardo al settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, anch’esso ispirato, come il regime di circolazione delle decisioni straniere, al principio del mutuo riconoscimento, ha, infatti, stabilito che l’autorità dello Stato membro richiesto di eseguire un mandato di arresto europeo non può procedere alla consegna dell’individuo destinatario della misura ove accerti un «rischio concreto» di violazione del divieto sancito dall’art. 4 della Carta – corrispondente all’art. 3 CEDU, ai sensi dell’art. 52, par. 3, della Carta – di subire un trattamento inumano e degradante a causa delle condizioni di detenzione previste nello Stato membro richiedente (par. 104 della sentenza). Ciò tuttavia, come ha precisato la Corte di giustizia, non implica l’obbligo automatico del giudice dello Stato membro richiesto di non dare esecuzione a un mandato di arresto europeo, allorquando sia accertato un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dovuto alle condizioni generali di detenzione nello Stato membro emittente (par. 91 della sentenza), ma l’obbligo di verificare il rischio concreto per il destinatario del mandato di arresto europeo, con la possibilità a seconda dei casi di ritardare o impedire l’esecuzione della misura. Ciò dunque non potrebbe essere equiparato *sic et simpliciter* ai motivi di diniego (tassativi) dell’esecuzione del mandato di arresto europeo previsti dalla decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI.

Tale conclusione dà concretezza alla possibilità che limitazioni al principio della fiducia reciproca tra Stati membri possano essere apportate “in circostanze eccezionali” così come enunciato dalla Corte di giustizia nel parere 2/13 sul progetto di accordo di adesione dell’Unione europea alla CEDU («il principio della fiducia reciproca 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 rispettino il diritto dell’Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest’ultimo» v., in tal senso, parere 2/13, par. 191). Come chiarito dalla stessa Corte di giustizia, da tale principio discendono due conseguenze: da un lato, gli Stati membri, allorché attuano il diritto dell’Unione, non possono esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell’Unione; dall’altro, essi non possono, salvo casi eccezionali, verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall’Unione (parere 2/13, par. 192).

Il limite delle «circostanze eccezionali» in cui non opera il principio della fiducia reciproca deve peraltro essere interpretato alla luce

degli obblighi di protezione derivanti dalla CEDU anche a prescindere dall'adesione formale dell'Unione alla Convenzione, operando già le garanzie convenzionali nel diritto dell'Unione in forza dell'art. 52, par. 3, della Carta (principio dell'interpretazione parallela dei diritti della Carta corrispondenti per portata e per significato a quelli della CEDU) e del ruolo riconosciuto ai principi generali in forza dell'art. 6, par. 3, TUE (così Lazzerini, *op. cit.*).

Nella sentenza *Avotiņš c. Lettonia* la Grande Camera ha rilevato che la limitazione a casi eccezionali del potere dello Stato richiesto di verificare l'inosservanza dei diritti fondamentali da parte dello Stato di origine potrebbe, in pratica, ostacolare il rispetto della condizione imposta dalla CEDU secondo cui il giudice dello Stato richiesto deve almeno poter condurre una verifica commisurata alla gravità di qualsiasi seria pretesa violazione di diritti fondamentali nello Stato di origine al fine di assicurare che la protezione di tali diritti non risulti manifestamente deficiente (par. 114 della sentenza).

La Grande Camera ha, quindi, rilevato la potenziale doppia limitazione in cui rischia di incorrere il potere di controllo delle autorità degli Stati membri rispetto alla protezione dei diritti fondamentali allorché questi ultimi, nell'applicare il diritto dell'Unione, siano tenuti a rispettare, al contempo, sia il principio del mutuo riconoscimento (con la conseguente presunzione di osservanza dei principi fondamentali sanciti dalla Carta e dai principi generali) sia il livello di protezione equivalente stabilito dal principio *Bosphorus* rispetto alla tutela dei diritti stabiliti dalla Convenzione (par. 115 della sentenza). Il bilanciamento tra i due principi è raggiunto allora dalla Grande Camera nel test della «manifesta carenza». In altre parole, l'osservanza del principio del mutuo riconoscimento si impone finché essa non si traduce in una manifesta carenza del livello di protezione dei diritti convenzionali: pertanto, laddove venga lamentata dinanzi ai giudici degli Stati membri una «seria e fondata» lesione di un diritto garantito dalla CEDU, e tale situazione non possa essere sanata attraverso il diritto dell'Unione, tali giudici non possono astenersi dall'accertare tale censura sulla base del solo motivo che sono chiamati ad applicare il diritto dell'Unione (par. 116 della sentenza).

5. Sui limiti alla libera circolazione delle decisioni nella materia civile e commerciale e sull'ampiezza del sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo

Un secondo ordine di considerazioni deriva dalla valutazione dei limiti alla libera circolazione delle decisioni nella materia civile e commerciale risultante dall'apprezzamento compiuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto al test della «manifesta carenza» e del profilo ad esso strettamente connesso dell'ampiezza del sindacato della Corte.

Per confutare la presunzione di tutela equivalente, la Grande Camera si è incentrata sull'applicazione dell'art. 34 n. 2 del regolamento Bruxelles I.

A questo riguardo, sorprendentemente, la Corte non si limita a svolgere un controllo sulle motivazioni fornite dal giudice lettone riguardo all'applicazione della disposizione come risultante dall'interpretazione della Corte di giustizia sopra ricordata, ma, al contrario, compie un apprezzamento autonomo su aspetti procedurali che sfuggono in verità alla propria competenza. Essa, infatti, fonda il proprio ragionamento sulla valutazione dell'onere della prova relativo all'esistenza e alla disponibilità di mezzi di ricorso a Cipro, che essa pone interamente a carico del ricorrente («It was therefore up to the applicant himself, if need be with appropriate advice, to enquire as to the remedies available in Cyprus after he became aware of the judgment in question»: par. 123 della sentenza) e che ricava per di più da «information provided by the Cypriot Government, at the Grand Chamber's request» (par. 112 della sentenza). La Corte impiega questo elemento per condizionare così il funzionamento dell'art. 34 n. 2 del regolamento Bruxelles I e ne trae la conclusione che la protezione dei diritti fondamentali nel caso concreto non sia stata manifestamente carente in quanto «[the] Cypriot law afforded the applicant, after he had learned of the existence of the judgment, a perfectly realistic opportunity of appealing despite the length of time that had elapsed since the judgment had been given» (par. 122 della sentenza). Pertanto, non avendo il ricorrente fatto uso di tale possibilità impugnando la decisione controversa nello Stato membro di origine, nessuna violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU poteva essere ravvisata nel caso di specie.

Questa conclusione appare criticabile, innanzitutto, dal punto di vista del diritto internazionale privato europeo che non impone, nello specifico, alcun requisito sull'onere della prova dei mezzi di rimedio processuale nello Stato di origine ai fini del funzionamento del meccanismo di protezione del convenuto contumace come previsto dal regolamento Bruxelles I. Infatti, la stessa Grande Camera è costretta ad ammettere che «the determination of the burden of proof [...] is not governed by European Union law»; contemporaneamente, tuttavia, essa giudica tale questione determinante nel caso di specie («decisive in the present case»: par. 121 della sentenza), ritenendo che la stessa Corte suprema lettone abbia tacitamente presunto che tale onere della prova ricadesse sul ricorrente o che tale rimedio fosse disponibile per quest'ultimo (par. 121 della sentenza). Le motivazioni di una tale conclusione non paiono in verità così limpide né si rinvergono elementi chiari in tal senso nell'ambito delle motivazioni fornite dal giudice lettone, atteso che l'unico fattore valorizzato dal giudice nazionale in sede di *exequatur* è stata la mancata impugnazione della decisione cipriota da parte del ricorrente. Ciò invece potrebbe valere anche in senso opposto come spia dell'avvenuta lesione dei diritti di difesa del

convenuto contumace nello Stato di origine, laddove non siano rinvenuti dal giudice dell'esecuzione mezzi effettivi di impugnazione nell'ordinamento di origine (cfr. sul tema Lopes Pegna, "Concentrazione delle difese nello Stato di origine e sue conseguenze per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni", in *Verso un «ordine comunitario» del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, (a cura di Boschiero e Bertoli), Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 103 ss.)

In ogni caso, ogni valutazione sull'onere della prova rientra nel campo di applicazione del diritto processuale civile nazionale dello Stato membro interessato e non, come visto, del diritto dell'Unione. Spettava quindi alla Corte suprema lettone verificare questo aspetto sulla base delle norme processuali interne, non disponendo, invece, la Corte europea dei diritti dell'uomo del potere di dedurlo implicitamente per il tramite di informazioni fornite dal governo dello Stato membro di origine. Oltretutto, come viene chiarito anche dalla *joint concurring opinion* dei giudici Lemmens e Briede allegata alla sentenza, neppure l'art. 6, par. 1, CEDU richiederebbe un'indagine sulla questione dell'onere della prova sui mezzi di ricorso rilevanti ai fini di verificare l'effettiva osservanza dei diritti di difesa del convenuto contumace (*joint concurring opinion* dei giudici Lemmens e Briede, par. 3).

Questo aspetto allora pone evidentemente il problema dei limiti del sindacato della Corte e del rischio già rilevato nell'ambito della sentenza resa dalla quarta sezione (vedi Feraci, *op. cit.*, pp. 199-200) secondo cui la Corte europea dei diritti dell'uomo possa trasformarsi in giudice di quarta istanza, spingendosi persino ad interpretare il diritto interno di uno Stato contraente in violazione degli obblighi stabiliti dall'art. 19 della Convenzione. Inoltre, come è stato sottolineato dai giudici Lemmens e Briede «the majority interpret provisions of the domestic law of a third State, which, moreover, do not seem to have been the subject of adversarial debate before the domestic courts of the respondent State» (*joint concurring opinion* dei giudici Lemmens e Briede, par. 5).

Questo esito contraddice le considerazioni iniziali del giudizio della Grande Camera ove quest'ultima aveva richiamato i limiti dei propri poteri di controllo risultanti dalla Convenzione (parr. 99-100). La Grande Camera al contrario avrebbe dovuto limitarsi a verificare se nel caso di specie «[...] the review conducted by the Senate of the Latvian Supreme Court was sufficient for the purposes of Article 6, par. 1» (par. 98 della sentenza), attenendosi alle motivazioni fornite dal giudice dello Stato convenuto rispetto all'art. 34(2) del regolamento, così come interpretato dalla Corte di giustizia (in particolare, attraverso la sentenza *ASML*).

A questo proposito resta tutt'ora aperta una questione già emersa nell'ambito della sentenza della quarta sezione (v. Feraci, *op. cit.*,

p. 200) che, mi pare, continua a rivestire, almeno sul piano teorico, una certa rilevanza: nel caso di applicazione scorretta del diritto dell'Unione da parte delle autorità di Stati membri dell'Unione europea, può sorgere il rischio che i diritti fondamentali sottesi alla normativa europea rilevante e corrispondenti ai diritti protetti dalla Convenzione, risultino compromessi e che la loro inosservanza non possa essere riscontrata neppure successivamente dalla Corte di Strasburgo, in via complementare, alla luce dei vincoli derivanti dal proprio sindacato.

Questo rilievo unitamente alle considerazioni precedenti sembra confermare allora come la questione giuridica di fondo del caso *Avotiņš c. Lettonia* travalichi i confini della protezione delle garanzie dell'equo processo, quali risultanti dall'art. 6, par. 1, CEDU e investa, più in generale, profili legati al trattamento del diritto dell'Unione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, profili, questi ultimi, sui quali potranno venire maggiori chiarimenti dalla ripresa dei negoziati sul processo di adesione dell'Unione europea alla CEDU.

9 dicembre 2015

La Grande Camera e l'ultima parola sul caso *Paradiso e Campanelli*

LUDOVICA POLI (*)

«Rachele vedendo che non le era concesso di procreare figli a Giacobbe, [disse]: «Ecco la mia serva Bila: unisciti a lei, così che partorisca sulle mie ginocchia e abbia anch'io la mia prole per mezzo di lei» (Genesi, 30, 1-3). Pur di biblica memoria, la gestazione per altri rappresenta una pratica estremamente controversa (in particolare quando essa abbia natura commerciale, ovvero preveda il pagamento di un compenso per la gestante) e pare dunque lecito dubitare della compatibilità con i diritti fondamentali dell'individuo quanto meno di alcune sue applicazioni (vedi [Gerber e O'Byrne](#), [Poli](#), [Ergas](#), [Stark](#)).

La decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli* offre, fra le righe, alcune indicazioni sulla valutazione della Corte di Strasburgo in materia, ma lascia aperte questioni tutt'altro che secondarie. In particolare, la posizione dei bambini nati da madre surrogata rimane particolarmente critica, e le profonde diversità di approccio tra gli Stati non prospettano una soluzione a breve termine.

A due anni dalla sentenza con cui riconosceva una violazione dell'art. 8 CEDU nell'allontanamento e affidamento ai servizi sociali di un minore, nato attraverso maternità surrogata all'estero e non legato geneticamente agli *intended parents*, la Corte europea dei diritti umani, questa volta in formazione allargata, è tornata ad esprimersi sul caso *Paradiso e Campanelli* ed ha escluso che l'Italia abbia violato i diritti dei ricorrenti.

I coniugi, dopo diversi ed infruttuosi tentativi di fecondazione *in vitro*, avevano concluso un contratto di gestazione per altri in Russia, senza tuttavia ottenere la trascrizione del certificato di nascita del bambino, una volta rientrati in Italia. Il Tribunale dei minori di Cam-

(*) Università di Torino.

pobasso aveva poi disposto l'allontanamento del piccolo dai ricorrenti, poiché non risultava geneticamente legato agli stessi. Il bambino, inizialmente collocato in una struttura, è stato poi affidato con una nuova identità ad una famiglia e, infine, adottato.

Nel 2015, la II sezione della Corte europea aveva ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU, ritenendo che le autorità italiane non avessero garantito un corretto equilibrio tra i diversi interessi in gioco nel decidere di affidare il bambino alle cure dei servizi sociali (par. 86). L'elemento centrale del ragionamento compiuto allora dalla maggioranza dei giudici era rappresentato dall'estensione del concetto di vita familiare alla situazione intercorrente tra i coniugi Campanelli ed il bambino, pur in assenza di consanguineità e formalizzazione giuridica del rapporto (par. 69). In particolare, i giudici ritenevano significativo che il tempo trascorso da entrambi i coniugi insieme al bambino, seppure relativamente breve (sei mesi a partire dai tre mesi di vita del piccolo, preceduti da alcune settimane durante le quali la sig.ra Paradiso era stata con lui in Russia), fosse coinciso con le prime fondamentali tappe dell'esistenza del bambino e che, senza dubbio, i ricorrenti si fossero comportati nei suoi confronti come genitori (par. 69).

Questa impostazione, ponendosi in linea con quella giurisprudenza che considera centrale il dato sociale nella ricostruzione del bene "vita familiare" tutelabile ex art. 8 CEDU (*Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*), consentiva alla Corte di applicare il principio del *best interest of the child* al caso di specie. Di conseguenza, i giudici riconoscevano prevalente l'interesse del minore alla continuità affettiva, rispetto alla, pur legittima, preoccupazione delle autorità nazionali di salvaguardare l'ordine pubblico, minacciato da una condotta contraria alla normativa in materia di adozione internazionale e al divieto, sussistente all'epoca dei fatti, di fecondazione eterologa (par. 73). Infatti, il riferimento all'ordine pubblico non avrebbe dovuto considerarsi una "*carte blanche*" in grado di giustificare qualunque misura, mentre l'obbligo di considerare l'interesse superiore del minore graverebbe sullo Stato «indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre» (par. 80; per un approfondimento su questa decisione vedi [Viviani](#), [Winkler](#) e [Rivera](#)).

A seguito della condanna, il Governo italiano ha presentato richiesta di rinvio alla Grande Camera, sostenendo che la sentenza sollevasse gravi problemi di interpretazione e di applicazione della Convenzione. In particolare, lo Stato convenuto riteneva che le conclusioni raggiunte dalla Camera determinassero l'introduzione nell'ordinamento interno di un terzo criterio di filiazione (diverso da quello basato sul legame di consanguineità con almeno uno dei due genitori e al di fuori dalle procedure previste dall'istituto dell'adozione) e comprimessero eccessivamente il margine di apprezzamento, compromettendo altresì il principio di sussidiarietà ([Relazione al Parlamento](#), pp. 32-34).

È la prima volta, dunque, che la Grande Camera si pronuncia su un caso di gestazione per altri.

I giudici della II sezione della Corte hanno già considerato in precedenza vicende in cui tale tecnica è stata usata (sebbene con l'impiego dei gameti del padre committente), senza però mai prendere una posizione esplicita sulla legittimità della pratica, molto controversa sul piano etico e giuridico (per alcune riflessioni, [Ikemoto](#), [Donchin](#), [Allan](#), [Rimm](#), [Laufer-Ukeles](#)). Piuttosto, oggetto dello scrutinio è sempre stato l'impatto delle scelte legislative operate dagli Stati convenuti sui diritti delle coppie e dei bambini nati attraverso tale tecnica, riguardanti, in particolare, il rifiuto di trascrizione di atti di nascita in Francia (*Menesson c. Francia*; *Labassee c. Francia*, *Foulon e Bouvet c. Francia*, *Laborie c. Francia*) e i tempi per il rilascio del documento di viaggio per il minore da parte delle autorità belghe (*D. e altri c. Belgio*).

La sentenza che si commenta non fa eccezione in questo senso. La Grande Camera ribadisce, infatti, che questioni controverse come la gravidanza per altri impongono di riconoscere un ampio margine di apprezzamento a beneficio degli Stati. Tale constatazione, pur non impedendo alla Corte di verificare la proporzionalità delle misure adottate negli ordinamenti interni, esclude una presa di posizione netta sulla natura della *surrogacy*. Il compito di dipanare l'intricata matassa fatta di accorate pretese individuali, diritti meritevoli di tutela ed esigenze pubbliche, che la pratica di cui si dice inevitabilmente genera, è e resta in capo agli Stati.

Tuttavia, la Corte dimostra di aver incidentalmente preso in considerazione la portata della gravidanza per altri, almeno nelle circostanze specifiche del caso di specie, ovvero in assenza di legami di consanguineità con il minore.

La questione centrale della decisione della Grande Camera riguarda la possibilità di riconoscere la sussistenza di una vita familiare tra i ricorrenti ed il bambino: come per la sentenza della Camera, è proprio questo il nodo dalla cui soluzione dipendono direttamente le conclusioni. Le parti avevano presentato argomenti diametralmente opposti sul punto: il Governo insisteva sull'inesistenza di un legame biologico, sulla contrarietà alla normativa interna ed internazionale del comportamento tenuto dai ricorrenti e sul breve periodo di tempo che i due avevano trascorso con il minore (par. 136-137). I coniugi, dal canto loro, chiedevano alla Corte di riconoscere l'esistenza di una vita familiare, evidenziando come il rapporto genitoriale fosse riconosciuto dalla normativa russa e insistendo sui forti legami affettivi che avevano sviluppato con il bambino nel periodo trascorso insieme (par. 138).

La Corte, richiamando l'abbondante giurisprudenza in materia, ribadisce quali siano gli elementi da prendere in considerazione nel valutare la sussistenza di una "vita familiare" ai sensi dell'art. 8

CEDU, ricordando innanzitutto come tale previsione non garantisca il diritto di adottare, né tantomeno tuteli il desiderio di creare una famiglia. Essa piuttosto implica l'esistenza di una situazione di fatto in cui siano riconoscibili concreti legami di tipo familiare; oppure la presenza di un vincolo giuridicamente formalizzato; o finanche l'aspirazione a stabilire una famiglia, purché si accompagni ad una chiara base giuridica o ad un legame di consanguineità (par. 140-141). (Sulla giurisprudenza della Corte in materia di accertamento della filiazione, vedi [Campiglio](#)).

Ancora, la Corte ammette che possa essere riconosciuta l'esistenza di una vita familiare di fatto tra uno o due adulti ed un minore, pur in assenza di un legame biologico o di un chiaro fondamento normativo, purché sussistano «genuine personal ties» (par. 148). A queste conclusioni i giudici di Strasburgo sono in effetti giunti valutando il rapporto intercorrente tra alcuni bambini e le famiglie a cui questi erano stati dati in affidamento temporaneo (*Moretti e Benedetti c. Italia; Kopf e Liberda c. Austria*). Così, nel caso di specie, la Grande Camera ha inteso verificare la qualità dei legami instauratisi tra i coniugi Campanelli ed il piccolo, il ruolo genitoriale svolto dai ricorrenti nei confronti del bambino e la durata della loro convivenza.

Non nutrendo alcun dubbio sulla sussistenza dei primi due requisiti – la Grande Camera ha riconosciuto infatti che i ricorrenti «had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child», sviluppando in particolare «close emotional bonds with him in the first stages of his life» (par. 151) – la Corte si è concentrata a valutare il profilo dai contorni più incerti, ovvero la durata del tempo trascorso insieme. Pur avendo premesso che sarebbe inappropriato definire un tempo minimo perché si possa considerare stabilita una vita familiare *de facto* (par. 153), la maggioranza ha ritenuto che il lasso di tempo trascorso insieme (sei mesi di permanenza del piccolo con la coppia in Italia, preceduti da un periodo di circa due mesi in cui la signora Paradiso era stata con il bambino in Russia) fosse stato troppo breve.

Curiosamente la Corte, dunque, dopo aver costruito con estrema cautela il percorso argomentativo sino a questo punto, ha fondato le proprie conclusioni sull'aspetto più discutibile, ovvero la durata della coabitazione. È pur vero che i casi *Moretti e Benedetti* e *Kopf e Liberda*, già richiamati, si riferivano a vicende in cui i bambini erano stati con le famiglie affidatarie per un periodo decisamente più lungo (rispettivamente per 19 e 26 mesi), ma ciò non toglie che questo tipo di ragionamento sia criticabile sotto diversi punti di vista.

Innanzitutto, esso tradisce le premesse formulate dai giudicanti. La sentenza infatti stabilisce che sei mesi di coabitazione non sono sufficienti a costituire una vita familiare di fatto. È pur vero che la durata minima della convivenza rimane indefinita: si può al più supporre che essa sia compresa tra 6/8 e 19 mesi. Tuttavia tale notazione pre-

suppone che il lasso di tempo utile a stabilire un legame familiare *de facto* sia in realtà quantificabile.

Inoltre, nonostante l'insistenza sui legami affettivi e il ruolo svolto dai ricorrenti, la Corte opera un calcolo "quantitativo" del tempo della coabitazione, senza considerare la "qualità" del vivere insieme, ovvero senza relativizzare tale valutazione alla luce dell'età del minore e dell'intensità delle relazioni interpersonali. Non tiene, infatti, conto in alcun modo del rapporto di totale dipendenza che si instaura necessariamente tra i bambini nei primi mesi di vita e chi se ne prende cura.

L'argomentazione della Corte deve però leggersi alla luce di un passaggio fondamentale, sviluppato al par. 156. Essa infatti chiarisce che, sebbene l'interruzione del rapporto con il bambino non fosse direttamente imputabile ai ricorrenti, «it is nonetheless the consequence of the legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child». Pertanto, il caso di specie – in cui le autorità italiane avevano inteso reagire ad una situazione di illegalità, richiedendo la sospensione dell'autorità genitoriale e dando avvio alla procedura di adozione del piccolo – sarebbe molto diverso dai casi *Moretti e Benedetti* e *Kopf e Liberda*, in cui il rapporto tra i ricorrenti e i bambini si era venuto ad instaurare in condizioni legittime per il diritto interno (par. 156). In sostanza, sarebbe stata l'incertezza dal punto di vista normativo quanto allo *status* del minore – determinata proprio dai ricorrenti, che avevano agito *contra legem* – a compromettere le prospettive di instaurare un rapporto dotato di stabilità, attuale o quanto meno potenziale, con il bambino.

Dunque, anche se apparentemente l'inesistenza di una vita familiare tutelabile *ex art. 8 CEDU* sembra dipendere dalla breve durata della coabitazione, è in realtà sottesa alla decisione della Grande Camera la disapprovazione per la scelta dei ricorrenti di creare una situazione precaria, perché contraria all'ordinamento interno. Su questo la Corte è molto chiara, quando evidenzia, al par. 211: «their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy. The relationship became even more tenuous once it had turned out, as a result of the DNA test, that there was no biological link between the second applicant and the child». Insomma, l'incertezza sulla stabilità del legame con il bambino sussisteva ancor prima che si scoprisse il difetto di consanguineità.

È evidente, poi, che l'aver escluso la sussistenza di una vita familiare ha determinato una marginalizzazione del principio del *best interest of the child* nell'argomentazione offerta in sentenza. Tale principio, come ricordato, aveva condotto i giudici della II Sezione a riconoscere la prevalenza, sulle esigenze pubbliche, dell'interesse del minore ad una continuità affettiva con i ricorrenti. Tuttavia, la Grande

Camera non dimentica la rilevanza del principio citato (par. 208) e sembra anzi rispondere alla Camera manifestando apertamente dubbi sulla possibilità di considerare che sia nell'interesse del minore consolidare un rapporto basato sull'illegalità, piuttosto che essere adottato secondo la procedura stabilita dall'ordinamento interno (par. 209; per alcune riflessioni sulla centralità del significato del *best interest of the child*, pur con riferimento alla sentenza del 2015, vedi [Baratta, Chortara, Penasa e Busatta, Tonolo, Distefano, p. 171; Anrò, pp. 488-489 e 505-507](#)). Per i giudicanti, dunque, «the Italian courts' reasoning in respect of the child's interests was not automatic or stereotyped» (par. 210). Anzi, le autorità nazionali avevano attentamente valutato le circostanze di specie, escludendo che il piccolo avrebbe sofferto un irreparabile pregiudizio a seguito della separazione dai ricorrenti (par. 210, 215).

Avendo escluso la sussistenza di una vita familiare, alla Corte non è restato che esaminare il caso sotto il profilo della salvaguardia della vita privata. Nessun dubbio sussiste infatti sulla possibilità di estendere tale concetto ad una situazione quale quella di specie, considerato in particolare che i legami affettivi maturati tra i ricorrenti ed il bambino attengono ad un aspetto centrale della vita e dell'identità sociale di ogni individuo (par. 161). Alla luce del desiderio genuino di genitorialità dimostrato dai ricorrenti, la Corte non ha esitato a riconoscere che in gioco vi fossero «the right to respect for the applicants' decision to become parents [...], and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child» (par. 163).

Con l'intenzione di appurare se l'interferenza rappresentata dalle misure adottate dal governo potesse considerarsi legittima ai sensi del secondo comma dell'art. 8 CEDU, la Corte ha innanzitutto valutato la base normativa dell'allontanamento del minore dalla coppia e del suo conseguente affidamento ai servizi sociali. Sul punto, la Grande Camera appare perfettamente in linea con le conclusioni della II Sezione, che aveva ritenuto compatibile con la Convenzione dell'Aja del 1961, riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, l'applicazione delle norme in materia di filiazione (par. 170) ed in particolare l'art. 33 L. 218/1995, ai sensi della quale «lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita». Data l'impossibilità di stabilire la nazionalità del bambino, concepito con gameti di donatori sconosciuti, per la Corte le autorità italiane avrebbero legittimamente assimilato la posizione del piccolo a quella di un minore straniero «in stato di abbandono», ai sensi dell'art. 37-bis della L. 184 del 1983 (par. 173).

Dopo aver parimenti riconosciuto la sussistenza del requisito di legittimità dello scopo perseguito (nello specifico, la prevenzione di disordini e la tutela di diritti e libertà di altri), la Grande Camera si è lungamente soffermata a soppesare la necessità in una società de-

mocratica della misura adottata dal governo, ribadendo, tra l'altro, che tale nozione impone che ogni interferenza risponda ad un «pressing social need» (par. 181).

A tal proposito, la Corte nota come lo Stato, con l'allontanamento del minore, avesse inteso interrompere subito e con effetto permanente il rapporto – istituito in violazione della normativa nazionale – con i coniugi Campanelli (par. 188) e, dopo aver riconosciuto un ampio margine di apprezzamento in materia (par. 194), conferma la validità delle ragioni addotte dal Governo. Il passaggio è assai significativo, perché rivela la posizione della Corte sulla maternità surrogata in cui entrambi i gameti provengano da donatori anonimi.

In effetti, pur senza assumere i toni duri dei giudici De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek e Dedov – per i quali il bambino era stato vittima di traffico di esseri umani (opinione concorrente, par. 6) – la maggioranza dei giudici di Grande Camera insiste sulla rilevanza delle motivazioni addotte dal Governo convenute a giustificazione della misura adottata e, in particolare, sulla necessità di tutelare non solo il minore nel caso di specie, ma più in generale tutti i bambini rispetto a pratiche illecite, incluso lo *human trafficking* (parr. 197 e 202). È dunque evidente che la maggioranza guarda con preoccupazione alle possibili derive del riconoscimento degli effetti di un contratto di gestazione per altri in assenza di legami genetici.

Considerando che «the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child», la maggioranza ritiene che le misure adottate siano proporzionali allo scopo perseguito ed evidenzia come consentire la permanenza del bambino con i ricorrenti «would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law» (par. 215). Senza difficoltà viene dunque riconosciuta la prevalenza dell'interesse pubblico alla tutela dei minori sull'opportunità di assecondare il desiderio dei ricorrenti, pur legittimo e condivisibile, di realizzarsi attraverso l'esperienza della genitorialità.

La decisione rivela, dunque, la diffidenza con cui la Corte considera la gravidanza per altri realizzata con l'utilizzo di entrambi i gameti provenienti da donatori anonimi. In particolare, se l'assenza di un legame genetico aggrava la scelta compiuta dai ricorrenti (rispetto a cui la Corte non nasconde comunque la propria disapprovazione) di determinare una situazione destinata a non essere riconosciuta nell'ordinamento interno, la mancanza di consanguineità conduce i giudici a riconoscere la completa estraneità del bambino rispetto alla coppia e ad assimilarlo agilmente a tutti quei minori che devono essere tutelati da traffici illeciti. Insomma, si può dedurre che per la Corte debbano essere guardati con sospetto i casi in cui ad essere violata non sia solo la normativa nazionale in materia di fecondazione artificiale

(il che era accaduto anche nei richiamati casi *Mennesson e Labassee*, e successivi), ma anche la normativa in materia di adozione. Ne consegue che diverso peso risultano avere, nella valutazione della proporzionalità delle ingerenze statali, la necessità di preservare i valori etici (quali quelli sottesi al divieto di gestazione per altri) e l'urgenza di proteggere soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità (i minori).

Rimangono tuttavia aperte alcune questioni, destinate forse a riproporsi in futuro.

La sentenza, come già la decisione del 2015, non chiarisce in che modo l'assenza di un legame genetico tra il nato e gli *intended parents* possa incidere sul mancato riconoscimento di un rapporto di filiazione validamente costituito all'estero e, più nello specifico, se la mancata trascrizione di un atto di nascita in questo caso possa rappresentare una violazione dell'art. 8 CEDU ([Feraci](#)). Sul punto occorre ricordare che la Corte ha riconosciuto, in linea con quanto asserito dai ricorrenti, che il rapporto fosse stato validamente costituito in Russia, dal momento che la normativa vigente alla nascita del bambino stabiliva la possibilità che due persone unite in matrimonio venissero riconosciute come genitori di un minore nato da maternità surrogata, semplicemente in presenza del consenso della partoriente (par. 73). La Camera, avendo escluso l'esaurimento dei ricorsi interni da parte dei ricorrenti, non si era pronunciata sul punto, e la Grande Camera ha pertanto parimenti escluso di potersi esprimere (par. 84).

Se, nel caso di specie, la questione sembra potersi considerare risolta *ab origine*, avendo la Corte escluso la sussistenza di una vita familiare, essa potrebbe riproporsi in relazione a un caso in cui la convivenza si sia protratta più a lungo nel tempo, consolidando un rapporto di fatto.

Più in generale, poi, la decisione lascia aperta la questione della tutela dei bambini nati da surrogazione di maternità, il cui rapporto di filiazione stabilito all'estero (vedi [Campiglio](#)) non venga riconosciuto nello Stato di origine dei genitori d'intenzione o che, addirittura, vengano allontanati e affidati ai servizi sociali.

Quella dei minori è, di fatto, la posizione più delicata, che rischia di rimanere 'incastrata' nelle dinamiche complesse del dibattito politico e morale sulla legittimità della gravidanza per altri, che non pare essere prossimo ad una soluzione condivisa. Se, infatti, il [Parlamento europeo](#) nel dicembre 2015 condannava la maternità surrogata, in quanto lesiva della dignità della donna, e riteneva che la pratica dovesse 'essere proibita e trattata come questione urgente negli strumenti per i diritti umani', in seno [all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa](#) ha avuto esito negativo la votazione della raccomandazione *Children's rights related to surrogacy*, proposta dalla parlamentare belga Petra De Sutter. Il testo della Raccomandazione invitava il Comitato dei Ministri a considerare «l'opportunità e le possibilità di at-

tuazione di linee guida a livello europeo per garantire i diritti dei bambini in relazione agli accordi di maternità surrogata», mentre nel memorandum esplicativo si auspicava che gli Stati membri vietassero ogni forma di *for-profit surrogacy* o, quanto meno, riservassero l'accesso a tale pratica ai cittadini di quegli Stati che, attraverso la sottoscrizione di un (possibile) trattato elaborato dalla Conferenza dell'Aja si dimostrino aperti al riconoscimento del rapporto di filiazione.

In seno alla Conferenza dell'Aja, in effetti, proseguono i lavori del Group of Experts on Parentage/Surrogacy, ma per ora l'unico risultato pare essere un «broad support for exploring the possible application of future agreed general private international law rules on legal parentage to cases of international surrogacy arrangements» ([Report of the experts' group on the parentage / surrogacy project – February 2017](#)).

La prudenza regna sovrana, dunque, e la tutela dei diritti di chi nasce da *mère porteuse* sembra ancora lontana da trovare una definizione chiara e condivisa.

21 febbraio 2017

INTERVENTI

9

Diritto internazionale pubblico

- FRANCESCA ROMANIN JACUR L'Accordo di Parigi e i passi avanti della cooperazione multilaterale sul clima
- MARCO ROSCINI Il quarto test nucleare della Corea del Nord
- DIEGO MAURI Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l'accordo italo-americano?
- ALICE OLLINO Iran e Stati Uniti di nuovo davanti alla Corte
- MIRKO SOSSAI Il mandato della missione di stabilizzazione in Mali: verso una convergenza tra *peacekeeping* e anti-terrorismo?
- EDOARDO STOPPIONI The ICJ decision in the Marshall Islands cases or the unintended consequences of "awareness"

L'Accordo di Parigi e i passi avanti della cooperazione multilaterale sul clima

FRANCESCA ROMANIN JACUR (*)

Dal 29 novembre al 13 dicembre 2015, 195 Stati si sono riuniti a Parigi e hanno adottato un [trattato multilaterale](#) per fare fronte al cambiamento climatico. Questo Accordo è il frutto di anni di negoziati miranti a raggiungere risposte efficaci al cambiamento climatico che siano condivisibili da tutti gli Stati del mondo: Paesi industrializzati, economie emergenti e Paesi in via di sviluppo. Esso rappresenta dunque un delicato compromesso che concilia esigenze molto diverse su un tema ambientale che tocca settori vitali delle economie nazionali (quali energia, industria, agricoltura), aspetti fondamentali della vita di tutti i giorni (quali riscaldamento domestico, trasporti) e che richiede un'importante cooperazione finanziaria e tecnologica per affrontare i disastri climatici.

L'Accordo di Parigi crea una piattaforma per una cooperazione rafforzata tra gli Stati dove si giocherà secondo regole condivise e trasparenti. I progressi portati dall'Accordo sono dunque essenzialmente il raggiungimento di obblighi procedurali di comunicazione periodica delle iniziative intraprese dagli Stati, della loro revisione e della valutazione dei progressi nei tre principali campi d'azione: la mitigazione, l'adattamento e il trasferimento di risorse finanziarie e di tecnologie.

Le premesse

L'Accordo di Parigi è una tappa importante nella cooperazione multilaterale per la lotta al cambiamento climatico iniziata più di venti anni fa con la Convenzione delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico ([United Nations Framework Convention on Climate Change](#) – UNFCCC). La UNFCCC (1992) crea la cornice istituzionale (istituendo la Conferenza delle Parti (CoP), il Segretariato e gli organi sussi-

(*) Università di Milano.

diari tecnici e finanziari) e stabilisce i principi generali che ancora oggi ispirano l'azione internazionale nella lotta ai cambiamenti climatici, quali il principio delle responsabilità comuni ma differenziate (UNFCCC, art. 3) e la necessità di stabilizzare le emissioni di gas serra a un livello che non sia pericoloso per la natura e per l'uomo (UNFCCC, art. 2). Come vedremo, questi principi hanno avuto un ruolo fondamentale nel processo negoziale che ha portato all'adozione dell'Accordo di Parigi e continueranno a svolgerlo nella sua attuazione negli anni a venire. In questo contesto, nel 1997 è stato adottato il [Protocollo di Kyoto](#), entrato in vigore nel 2005, che stabilisce riduzioni quantitative vincolanti a carico degli Stati industrializzati che vi hanno aderito. L'efficacia del Protocollo in termini di riduzioni delle emissioni di gas serra a livello mondiale è stata fortemente limitata per due principali motivi: primo, la mancata ratifica degli Stati Uniti (all'epoca il Paese con le più alte emissioni di gas serra), dovuta all'avvicendamento della presidenza Clinton con quella di G. W. Bush, e secondo, per il fatto che le economie emergenti, tra cui India e Cina, non avevano obblighi di riduzione delle emissioni.

In questi vent'anni la cooperazione internazionale sul clima ha alternato deboli progressi, lunghi periodi di *impasse* e addirittura passi indietro (si veda [Savaresi](#)). In questo scenario va visto il trattato di Parigi: un Accordo che è una sintesi delle esperienze maturate in passato e che si presenta come uno strumento dinamico capace di dare risposte globalmente condivise dalla comunità internazionale al cambiamento climatico in una prospettiva di lungo termine.

Il testo dell'Accordo consta di un preambolo e di ventinove articoli ed è annesso a una decisione della CoP ([Draft Decision -/CP.21](#)) che lo completa, integrandone il contenuto e dando alcune linee guida per la sua attuazione. Da un punto di vista formale, l'Accordo è un trattato internazionale che sarà aperto alla firma il 22 aprile 2016 ed entrerà in vigore al raggiungimento di cinquantacinque ratifiche, rappresentanti almeno il 55% delle emissioni globali di gas serra ([Draft Decision -/CP.21](#), par. 3; Accordo di Parigi, art. 21; sul dibattito e le contraddittorie posizioni politiche sulla natura giuridicamente vincolante dell'Accordo si vedano: [Pauwelyn e Andonova](#), [questo](#) articolo sul *Financial Times* e, per una prospettiva statunitense, [Bodansky](#)).

I contenuti dell'Accordo

L'Accordo di Parigi si prefigge tre obiettivi, cui corrispondono relativi impegni per gli Stati: il primo obiettivo di mitigazione consiste nel ridurre la concentrazione di gas serra nell'atmosfera per mantenere l'innalzamento della temperatura globale «ben al di sotto» di 2 gradi centigradi, possibilmente entro 1,5 gradi centigradi, rispetto al periodo pre-industriale (art. 2.1(a) e art. 4); il secondo obiettivo di adattamento prevede il rafforzamento delle capacità nell'affrontare gli effetti del cambiamento climatico (art. 2.1(b) e art. 7); e il terzo mira a incre-

mentare i finanziamenti per queste due attività di contrasto al cambiamento climatico (art. 2.1(c) e art. 9).

Nell'attuazione di questi obiettivi l'Accordo si ispira ai principi di equità e delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità «in base alle rispettive circostanze nazionali» (art. 2.2). In questa prospettiva, sia con riferimento agli obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni, sia per quanto riguarda le azioni di adattamento e gli impegni finanziari, l'Accordo riafferma il diritto di ciascuno Stato di scegliere le strategie più appropriate per contribuire al raggiungimento di tali obiettivi e di decidere il proprio percorso di sviluppo sostenibile e più nello specifico le priorità e i bisogni nazionali. L'Accordo non entra in dettagli e aspetti tecnici di come le misure e impegni saranno attuati in concreto, lasciando la definizione di questi aspetti a future decisioni della CoP, facendo ricorso ad una prassi di "delega normativa" già ampiamente usata dall'UNFCCC e dal Protocollo di Kyoto.

a) Obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni (Intended Nationally Determined Contributions o INDCs)

Gli Stati si impegnano ad adottare a livello nazionale misure per ridurre le cause del cambiamento climatico secondo le proprie capacità, circostanze e priorità quali, ad esempio, le condizioni economiche, il mercato dell'energia o la vulnerabilità ai cambiamenti climatici. Questa possibilità di scelta delle azioni più appropriate ha incoraggiato la partecipazione degli Stati, che hanno in gran parte già comunicato queste misure (189 Stati, rappresentanti il 95% delle emissioni globali) e periodicamente si impegnano ad aggiornarle in modo da poterne calcolare il contributo aggregato e quindi valutare se esse siano sufficienti per rimanere entro l'innalzamento di 1,5 gradi centigradi (è stato calcolato che il rispetto degli attuali impegni comporterebbe un innalzamento della temperatura globale intorno ai 3 gradi centigradi).

La comunicazione dei propri obiettivi nazionali è corredata da informazioni di tipo tecnico (ad esempio, le metodologie utilizzate per calcolare le riduzioni delle emissioni, il periodo-base di riferimento, i settori compresi: industria, trasporti, agricoltura, edilizia; i gas serra controllati) che ne facilitino la chiarezza, la trasparenza e la comprensione. Particolarmente rilevanti sono i calcoli delle emissioni derivanti dalle foreste, dall'agricoltura e in generale dalla gestione del territorio.

La determinazione degli impegni su base volontaria e nazionale dà massima espressione al principio delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità «in base alle rispettive circostanze nazionali» e supera la rigida distinzione utilizzata nella UNFCCC e nel Protocollo di Kyoto tra categorie di Paesi industrializzati (i c.d. "Paesi Annesso I") e Paesi in via di sviluppo (i c.d. "Paesi Non-Annesso I"), differenziando maggiormente ciascuno Stato e dando così una rappresentazione più realistica delle caratteristiche dei

Paesi, come fortemente sostenuto dall'Unione Europea. D'altro lato, per evitare che questa diversificazione impedisca un'effettiva comparazione tra le varie misure nazionali e per garantire la coerenza del sistema, occorre che essa sia supportata da parametri di misurazione oggettivi e il più possibile uniformi. A tal fine, l'Accordo dispone che le regole di contabilizzazione delle emissioni siano adottate a livello multilaterale dalla CoP (art. 4.13), secondo standard scientifici validati dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change*.

Inoltre, per far sì che gli Stati assumano impegni seri di mitigazione, l'Accordo prevede che questi siano riesaminati periodicamente ogni cinque anni e che siano più ambiziosi rispetto a quelli assunti in precedenza, creando dunque un meccanismo al rialzo (art. 4.3 e art. 4.9). Si vede qui uno dei compromessi centrali su cui si fonda l'Accordo di Parigi: mentre da un lato i contenuti e gli obiettivi che gli Stati si impegnano a raggiungere non sono vincolanti a livello internazionale (art. 4.2, seconda frase: «Parties shall pursue domestic mitigation measures, with the aim of achieving the objective of such contributions» – corsivo aggiunto), vi è invece l'obbligo giuridicamente vincolante di preparare, comunicare e aggiornare periodicamente gli *INDCs* (art. 4.2, prima frase: «Each Party shall prepare, communicate and maintain successive nationally determined contributions that it intends to achieve» – corsivo aggiunto). Questa soluzione di compromesso era necessaria per assicurare la partecipazione della Cina e degli Stati Uniti, che si sono sempre dichiarati contrari ad assumere obblighi vincolanti di riduzione delle emissioni.

b) Obblighi di assistenza finanziaria

Per promuovere la transizione verso un'economia a basse emissioni di gas serra, l'Accordo di Parigi rafforza gli obblighi finanziari prevedendo che essi comprendano azioni di mitigazione e di adattamento, che siano rispondenti alle esigenze degli Stati beneficiari e che siano sempre più 'ambiziosi' (art. 9.3). Inoltre le procedure di accesso ai finanziamenti saranno semplificate per consentire un funzionamento più efficiente del sistema e per incentivare il coinvolgimento del settore privato (art. 9.9). Anche rispetto agli obblighi di assistenza finanziaria, l'Accordo combina le diverse esigenze dei Paesi donatori e dei Paesi beneficiari differenziandone gli obblighi: da un lato, impegna in modo vincolante gli Stati sviluppati a trasferire risorse finanziarie (art. 9.1) e a fornire ogni due anni informazioni quantitative e qualitative sulle risorse trasferite secondo parametri decisi dalla CoP; d'altro lato, gli 'altri' Stati contribuenti sono incoraggiati a comunicare le stesse informazioni su base volontaria (art. 9.5 e art. 9.7). Questa differenziazione degli impegni finanziari dei Paesi sviluppati rispetto a quelli di "altri" Paesi è un'attuazione del principio delle responsabilità comuni ma differenziate, che si ritrova rispetto ad altri obblighi

previsti dall'Accordo e nelle regole procedurali che dovrebbero garantire la trasparenza degli impegni e il controllo della loro attuazione.

c) Trasparenza e controllo sulla compliance

Un'altra concreta attuazione del principio delle responsabilità comuni e differenziate, si trova nell'art. 13.9 che prevede obblighi più stringenti per gli Stati industrializzati di comunicare le informazioni sui trasferimenti di assistenza finanziaria, di tecnologie e sulle iniziative di *capacity building*, mentre riconosce agli altri Stati una maggiore flessibilità nell'adempiere agli stessi impegni. Inoltre, per incoraggiare l'attuazione degli impegni assunti e rafforzare la fiducia reciproca e il mutuo affidamento tra gli Stati, l'Accordo prevede che tutte le comunicazioni nazionali siano chiare, comprensibili, pubbliche e siano sottoposte a revisione tecnico-scientifica, e laddove opportuno ricevano il necessario supporto tecnico per migliorarne la qualità (*Draft Decision -/CP.21*, par. 22; art. 13.11). L'effettiva attuazione di questi impegni da parte degli Stati industrializzati sarà monitorata periodicamente ogni cinque anni da parte della CoP a partire dal 2023 (art. 14).

L'insieme di queste iniziative mira a individuare le azioni realizzate, quelle ancora da svolgere, le migliori pratiche e le lacune su cui intervenire, oltre che a fornire una valutazione del progresso nel raggiungimento degli obiettivi di mitigazione, di adattamento e di quelli finanziari (art. 13.5).

Un elemento importante per assicurare l'effettiva attuazione degli impegni è la creazione di un meccanismo di *compliance* che raccoglierà e analizzerà le informazioni, permettendo di capire meglio le difficoltà nell'attuazione pratica delle misure ed eventualmente le cause del mancato rispetto degli obblighi (art. 15). Un meccanismo di questo tipo mira a rafforzare le capacità degli Stati, esercitando su di loro una certa pressione che li incoraggia ad essere più virtuosi. Il meccanismo di *compliance* previsto dall'Accordo di Parigi avrà natura facilitativa e sarà composto da 12 esperti, ma non avrà poteri sanzionatoria a differenza del suo omologo del Protocollo di Kyoto (*Draft Decision -/CP.21*, par. 103). Gli aspetti istituzionali e procedurali più specifici del funzionamento del sistema saranno regolati da una futura decisione della CoP.

Una valutazione

L'Accordo di Parigi è il risultato di un lungo percorso negoziale costruito negli anni, reso possibile grazie a un'abile regia diplomatica della presidenza francese della CoP. I negoziatori a Parigi si prefiggevano di combinare l'ambizione degli impegni di mitigazione, adattamento e trasferimento di risorse finanziarie e tecnologiche, da un lato, con l'accettabilità di questi impegni da parte di tutti gli Stati. Raggiungendo una serie di difficili compromessi, l'Accordo consolida,

rafforza e amplia la cooperazione internazionale. Questi risultati sono raggiunti coniugando due approcci complementari: da un lato, la flessibilità geografica e temporale è assicurata dalla differenziazione su base individuale degli Stati nell'assunzione degli obblighi di mitigazione, adattamento e finanziari (il c.d. approccio *bottom-up*) e dal loro aggiornamento periodico al rialzo; d'altro lato, trasparenza, omogeneità e coerenza sono garantite da regole procedurali vincolanti decise a livello internazionale e applicabili a tutti (il c.d. approccio *top-down*), quali le norme di comunicazione e di valutazione dello stato di avanzamento nell'attuazione degli impegni assunti, i sistemi di revisione che aumentano il livello di ambizione rispetto a quelli preesistenti e il controllo sull'attuazione.

L'Accordo riafferma le buone pratiche (ad esempio, all'art. 5.2, prevede che i finanziamenti per i servizi ecosistemici delle foreste siano legati ai risultati ottenuti) e consolida le esperienze maturate nel corso di due decenni di cooperazione nel quadro della UNFCCC e del Protocollo di Kyoto. In particolare, con riferimento ai meccanismi di mercato, l'Accordo fa tesoro delle difficoltà e dei punti deboli emersi dal funzionamento dei meccanismi di scambio di quote di CO₂ del Protocollo di Kyoto e dell'[Emission Trading Scheme europeo](#). L'art. 6 stabilisce che i futuri meccanismi di cooperazione servono per aumentare il livello di ambizione degli impegni nazionali di riduzione delle emissioni (e non, come in precedenza, per facilitare il raggiungimento di impegni prestabiliti) e che dovranno essere gestiti da un sistema di *governance* robusto e trasparente, non generare esternalità ambientali negative e funzionare secondo regole di contabilità che evitino il doppio conteggio delle emissioni (*Draft Decision -/CP.21*, par. 38).

Vista l'urgenza del cambiamento climatico, una criticità temporale riguarda l'entrata in vigore dell'Accordo che dipenderà, come già anticipato, dal raggiungimento di cinquantacinque ratifiche rappresentanti almeno il 55% delle emissioni globali di gas serra. In questa prospettiva, memori del precedente del Protocollo di Kyoto, aleggia il rischio di cambiamenti politici negli Stati Uniti dove a breve ci saranno le elezioni presidenziali. Per accelerare i tempi di azione, la decisione che include l'Accordo prevede la sua – anche parziale – applicazione provvisoria prima del 2020 (*Draft Decision -/CP.21*, parr. 106-133).

Rimane ora da vedere se gli Stati manterranno le promesse fatte a Parigi... e se lo faranno in tempo.

31 gennaio 2016

Il quarto test nucleare della Corea del Nord

MARCO ROSCINI (*)

Lo scorso 6 gennaio, la televisione di Stato della Corea del Nord ha enfaticamente annunciato che il Paese asiatico ha compiuto il suo [quarto test nucleare](#) sotterraneo. Si tratterebbe, secondo la versione nordcoreana ancora tutta da confermare, di una bomba all'idrogeno 'miniaturizzata' – capace dunque di essere trasportata da un missile a lungo raggio – sviluppata e testata come atto in legittima difesa «against the US having numerous and humongous nuclear weapons». Russia, Stati Uniti e India, tra gli altri, hanno denunciato il test come una violazione flagrante del diritto internazionale. È davvero così? Facciamo il punto della situazione.

La Corte internazionale di giustizia, pur investita della questione da Australia e Nuova Zelanda, ha evitato, sia nel [1974](#) che nel [1996](#), di pronunciarsi sulla legalità degli esperimenti nucleari atmosferici e sotterranei condotti dalla Francia. Il [Trattato sulla non-proliferazione nucleare](#) (TNP, 1968) non proibisce espressamente gli esperimenti nucleari. In quanto essi siano funzionali all'acquisizione o all'ammodernamento di un arsenale nucleare, essi potrebbero essere considerati incompatibili con l'art. II (per gli Stati non nucleari) e con l'art. VI (per quelli nucleari) di tale trattato. La Corea del Nord ha però esercitato il [diritto di recesso dal TNP](#) nel 2003 e occorrerebbe dimostrare che l'art. VI, che obbliga gli Stati «to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control», si sia trasformato in una norma di diritto internazionale generale, cosa tutt'altro che facile (si vedano i miei commenti in un precedente [post](#) sul [ricorso](#), tuttora pendente, presentato dalle Isole Marshall alla Corte internazionale di giustizia contro gli Stati detentori di armi nucleari, inclusa la Corea del Nord, per violazione dell'art. VI

(*) Università di Westminster.

del TNP). Non c'è inoltre consenso sulle misure di disarmo che in concreto l'art. VI richiede di adottare.

Da ricordare anche che i cinque trattati sulle [zone denuclearizzate](#) finora conclusi proibiscono i test nucleari sia atmosferici che sotterranei nelle rispettive zone da parte non soltanto degli Stati regionali denuclearizzati ma anche di quelli nucleari: le due Coree, però, non sono parte di nessuno di tali trattati. La natura giuridica della [Dichiarazione congiunta sulla denuclearizzazione della penisola coreana](#) (firmata il 20 gennaio 1992), che vieta il possesso, la sperimentazione, la produzione, il dispiegamento e l'acquisto di armi nucleari e ogni attività di riprocessamento e di arricchimento di uranio è controversa e, in ogni caso, la Corea del Nord l'ha dichiarata «[a dead document](#)» nel 2003.

Il [Trattato sulla messa al bando parziale degli esperimenti nucleari](#) (*Partial Test Ban Treaty*, PTBT) è entrato in vigore nel 1963 e proibisce gli esperimenti nucleari nell'atmosfera, nello spazio extra-atmosferico e negli spazi sottomarini. La Corea del Nord non ne è parte, ma si può ritenere che la disciplina contenuta in tale trattato sia ora anche prevista da una norma consuetudinaria di identico contenuto: la lunga moratoria di test atmosferici (l'ultimo è stato condotto dalla Cina nel 1980), l'assenza di violazioni verificate del trattato e il fatto che anche gli Stati non parte (Cina, Corea del Nord, Francia) si siano astenuti dal condurre esperimenti atmosferici suggeriscono tale conclusione. L'esperimento nordcoreano condotto all'inizio del 2016, tuttavia, è stato sotterraneo e dunque esula dal campo di applicazione del PTBT, almeno finché non causi radioattività al di là del territorio della Corea del Nord (art. I, par. 1, lett. b).

I test nucleari, anche sotterranei, sono proibiti dal [Trattato sulla cessazione completa degli esperimenti nucleari](#) (*Comprehensive Test Ban Treaty*, CTBT) del 1996. L'art. 1 di tale trattato obbliga gli Stati contraenti a «not to carry out any nuclear weapon test explosion or any other nuclear explosion, and to prohibit and prevent any such nuclear explosion at any place under its jurisdiction or control» e «to refrain from causing, encouraging, or in any way participating in the carrying out of any nuclear weapon test explosion or any other nuclear explosion». Com'è noto, però, il trattato non è ancora entrato in vigore per la mancata ratifica da parte di alcuni dei 44 Stati elencati nell'Allegato 2 del trattato, cioè quei Paesi che parteciparono formalmente nel 1996 alla Conferenza sul Disarmo e che possedevano a quella data reattori nucleari. La Corea del Nord, inoltre, non ha né firmato né ratificato il trattato. A differenza del PTBT, non pare sia rintracciabile una norma consuetudinaria, fondata sul CTBT, che proibisca anche i test sotterranei al pari di quelli atmosferici. È vero che nessuno degli Stati nucleari ai sensi del TNP ha condotto esperimenti nucleari, anche sotterranei, dall'apertura alla firma del CTBT nel 1996 e che gli esperimenti condotti dai tre Stati non parti del TNP

(India, Pakistan e Corea del Nord) sono stati oggetto di ampie critiche da parte della comunità internazionale (India e Pakistan hanno da allora dichiarato una moratoria sui test), ma non sembra che tale prassi sia accompagnata dall'*opinio juris* necessaria al formarsi di una consuetudine internazionale: non è possibile dimostrare, cioè, che gli Stati si siano astenuti dal condurre esperimenti sotterranei perché ritenessero di esservi giuridicamente obbligati. Ulteriore prova di questa conclusione è il fatto che, [nel condannare](#) i test pakistani e indiani del 1998, il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite li ha qualificati come minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, e non come violazioni del diritto internazionale.

Il test sotterraneo nordcoreano è dunque 'soltanto' una violazione delle precedenti risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza ONU in materia. La risoluzione [1718 \(2006\)](#), qualificando la situazione come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, ha condannato il primo test nucleare condotto dalla Corea del Nord e ha imposto «that the DPRK not conduct any further nuclear test or launch of a ballistic missile». I test successivi sono stati condannati dalle risoluzioni [1874 \(2009\)](#) e [2094 \(2013\)](#), tutte corredate da un apparato sanzionatorio e dalla reiterazione del divieto di condurre nuovi test. Tali risoluzioni, pertanto, proibiscono alla Corea del Nord di condurre qualsiasi esperimento nucleare, sia esso atmosferico o sotterraneo. Conducendo un ulteriore test, la Corea del Nord ha commesso una violazione dell'art. 25 della Carta ONU, secondo cui gli Stati membri dell'Organizzazione si impegnano ad accettare ed eseguire le decisioni del Consiglio di Sicurezza adottate in conformità alle disposizioni della Carta stessa. Ciò apre la strada all'adozione di ulteriori sanzioni contro il regime nordcoreano da parte del Consiglio di Sicurezza ex Capitolo VII della Carta.

Rimane da dire della pretesa della Corea del Nord di giustificare il test, e più in generale il possesso dell'arma nucleare, come strumento di legittima difesa preventiva contro il possesso e il possibile uso delle stesse armi da parte degli Stati Uniti. Tale pretesa è priva di fondamento: basta qui ricordare che l'art. 51 della Carta di San Francisco e il diritto consuetudinario ammettono la legittima difesa soltanto contro un attacco armato in atto. Ci si può spingere fino ad ammetterla contro un attacco imminente, ma non certamente contro un attacco ipotetico che potrebbe materializzarsi in un futuro non meglio specificato. Il possesso di un determinato tipo di armi, incluse quelle nucleari, da parte di un Paese può ben costituire una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e, in certi casi, anche un illecito internazionale, ma non è di per sé un 'attacco armato' che giustifichi la legittima difesa, almeno fin quando tali armi non vengano effettivamente usate, o il loro uso sia imminente.

20 gennaio 2016

Droni a Sigonella: quale valore ha (e quale impatto produrrà) l'accordo italo-americano?

DIEGO MAURI (*)

Lo scorso 22 febbraio, il *Wall Street Journal* rivelava che, dopo mesi di negoziato con la Casa Bianca e il Pentagono, finalmente il Governo italiano aveva dato il 'via libera' alla presenza di droni armati statunitensi nella base militare di Sigonella (tra le province di Siracusa e Catania), da impiegarsi in missioni militari in Libia e, più in generale, nel Nord Africa contro le milizie dello Stato Islamico.

L'utilizzo dei droni nel quadro di conflitti armati internazionali solleva innumerevoli problematiche nei campi più disparati, dalla scienza politica alla strategia militare, dalla filosofia ([Chamayou](#)) alla sociologia, fino, ovviamente, al diritto internazionale. In questa sede vorrei concentrarmi su due questioni: da un lato, quella del valore giuridico di un accordo sulla concessione di una base militare situata in territorio nazionale per lo stoccaggio e l'impiego di droni armati in operazioni militari verso Stati terzi; dall'altro lato, quella delle modalità con cui concretamente tale accordo opererà.

In via preliminare, occorre delimitare il quadro normativo entro cui si colloca tale ultimo accordo, ad oggi non ancora pubblicato. La base giuridica fondamentale è rappresentata dall'art. 3 del [Trattato dell'Organizzazione dell'Atlantico del Nord](#) (NATO) del 1949, in forza del quale gli Stati parte si obbligano a mantenere e a sviluppare la loro capacità, individuale e collettiva, di resistere ad attacchi armati; in vista dell'impegno all'assistenza reciproca gli Stati membri dell'Alleanza hanno concluso, nel 1951, un'apposita Convenzione, a Londra, disciplinante lo *status* delle proprie Forze Armate nell'ambito delle operazioni NATO (cd. [NATO-SOFA](#)). Parallelamente a questo

(*) Università di Palermo e Università Cattolica di Milano.

corpus normativo generale, gli Stati parte dell'Alleanza hanno concluso una serie di accordi bilaterali per la disciplina dei rapporti reciproci, al fine di raggiungere gli scopi indicati nel Trattato di Washington. È il caso del *Bilateral Infrastructure Agreement* (BIA) tra Italia e Stati Uniti, concluso nel 1954 e anch'esso mai reso pubblico. Il BIA regola, a livello generale, le modalità per l'utilizzo delle basi concesse in uso alle Forze USA sul territorio nazionale ed è conosciuto come 'accordo ombrello', poiché si limita a fornire delle indicazioni di massima circa lo stanziamento di contingenti militari statunitensi nelle basi militari su territorio italiano. A tale accordo segue il *Memorandum of Understanding* tra il Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti d'America e il Ministero della Difesa della Repubblica Italiana relativo all'uso delle installazioni e infrastrutture da parte degli USA in Italia, firmato il 2 febbraio 1995 a Roma (c.d. *Shell Agreement*); esso predispone una sorta di "schema generale" per gli accordi specifici di ogni singola base, ed è nell'ambito di tale schema che è stato concluso, il 6 aprile 2006, l'accordo relativo alla base di Sigonella (c.d. *Technical Arrangement on Sigonella*).

Quest'ultimo accordo disciplina la presenza del contingente statunitense nel complesso militare siciliano, denominato ufficialmente *Naval Air Station Sigonella*, ma meglio conosciuto, nel gergo, come "*The Hub of The Med*" per la sua posizione strategica nel Mediterraneo e, soprattutto, per l'elevato numero di militari e civili statunitensi ivi impiegati. Il *Technical Arrangement on Sigonella* è strutturato in 20 *Sections* e 13 *Annexes*, e si occupa di ripartire le competenze tra le autorità italiane (in quanto Stato ospitante e territorialmente sovrano) e quelle statunitensi (in quanto Stato sovrano sulle forze militari ospitate). L'art. 1 della *Section V* («Use and Operation») precisa che «[t]he installations at Sigonella are peace-time military installations [...] in accordance with the BIA»; la *Section VI* («Command»), invece, si occupa di delimitare i rispettivi ambiti di competenza delle autorità italiana e statunitense sulle operazioni militari.

Dopo aver stabilito che la base è posta, in via generale, sotto il comando dell'autorità italiana (salvo alcune infrastrutture a uso congiunto e zone esclusivamente riservate all'autorità statunitense – cfr. art. 1 *Section VI* e *Section XV*), l'art. 3 *Section VI* attribuisce, per converso, al Comandante statunitense «full military command over US personnel, equipment and operations»: le operazioni militari (tra cui figura, evidentemente, il futuro impiego di droni armati) rientrano dunque a pieno titolo nella sfera di competenza del comando statunitense, fatto salvo un preciso obbligo di notifica all'autorità italiana per quel che concerne «all significant US activities, with specific reference to the operational and training activity». A chiarire la portata del termine «significant» provvede l'*Annex No. 5* («Command relationship»), il quale, nella parte dedicata al Comandante statunitense, precisa che detto termine «is intended to exclude all routine activities». In

altri termini, qualsiasi operazione militare che trascenda l'attività "di routine" della base (e si può ben pensare che un attacco armato contro obiettivi situati in Stati terzi, come verosimilmente accadrà impiegando droni armati, rientri in questa categoria) dovrà essere portata all'attenzione del Comandante italiano quale garante della sovranità dello Stato ospitante. Al Comandante italiano spetta, di contro, l'onere di avvisare il suo corrispondente laddove ritenga che le attività statunitensi non rispettino l'«applicable Italian law» (cfr. lett. c), n. 1, della parte dedicata al Comandante italiano nell'*Annex No. 5*) nonché, se del caso, quello di intervenire «to have the U.S Commander immediately interrupt U S. activities which clearly endanger life or public health and which do not respect Italian law» (cfr. lett. c), n. 7, *ibidem*).

Accanto a tale limitazione della sovranità statunitense sulle operazioni, ideata per declinarsi di volta in volta a seconda dell'operazione militare concretamente intrapresa, ve n'è una seconda, di non minore importanza, espressamente regolata all'art. 4 *Section VI*, in virtù del quale «[p]ermanent increases of the operational component and relative support shall be authorized by the Italian National Authorities». L'ipotesi qui prevista concerne una modifica non temporanea delle operazioni belliche da realizzarsi a partire dalla base di Sigonella (quale potrebbe essere il trasferimento, lo stoccaggio e l'impiego di droni armati), modifica che, proprio a motivo del carattere «permanente», richiede un esplicito assenso da parte del Governo italiano.

È proprio in quest'ottica che deve essere letto l'accordo sull'impiego di droni armati tra il Governo italiano e quello statunitense reso noto lo scorso febbraio. Ciò sembra trovare una conferma *a fortiori* da un precedente accordo, siglato nel settembre 2010 e anch'esso mai pubblicato (se ne accenna [qui](#)), con il quale il Governo italiano dell'epoca ha acconsentito all'impiego, sempre a partire dalla base di Sigonella, di alcuni droni ai soli fini di ricognizione (*Intelligence, Surveillance and reconnaissance – ISR*). Oggetto di tale accordo, confluito nell'*Attachment No. 5* all'*Annex No. 12*, sono tre unità di *UAVs (Unmanned Aerial Vehicles)* di tipo RQ-4B Global Hawk dell'Aeronautica Militare Americana, ovvero dispositivi estremamente performanti nelle missioni di osservazione, ma impossibili da armare. Alla luce di tale *modus operandi*, non è improbabile ipotizzare che l'ultimo accordo sui droni armati rivesta la forma di allegato (a prescindere dalla denominazione che si voglia adottare) al *Technical Arrangement* di Sigonella.

Tornando dunque al primo interrogativo iniziale, il valore giuridico dell'accordo in esame non può che essere il medesimo dell'accordo sulla concessione della base cui esso verosimilmente "accede". Secondo alcuni (v. [Ronzitti](#)) tali accordi di concessione si configurerebbero come veri e propri accordi in forma semplificata, riguardanti materie a elevato tasso di tecnicità (dal punto di vista so-

stanziale), alla pari degli altri accordi di riferimento (il *BIA* e lo *Shell Agreement*); dunque, non rientrando nella fattispecie di accordo di natura politica ai sensi dell'art. 80 Cost., e non essendo perciò necessario *ad substantiam* il procedimento solenne, il *Technical Arrangement on Sigonella* sarebbe, a tutti gli effetti, un accordo giuridicamente vincolante per le parti (in tal senso, infatti, sarebbe orientata la prassi seguita dall'Italia in materia di accordi bilaterali, contrariamente a quanto invece accade per gli accordi sui Quartieri Interalleati, ratificati dal Presidente della Repubblica come previsto dall'art. 87, comma 8, Cost.; v. [D.P.R. 18 settembre 1962, n. 2083](#)).

Viceversa, altri Autori (v. Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., 2015, il quale cita a titolo d'esempio proprio gli accordi su basi militari), ritengono, in generale, che un accordo relativo a una materia coperta dalla riserva di legge *ex art. 80 Cost.*, non potendosi configurare come accordo meramente tecnico, non potrebbe perciò concludersi validamente in forma semplificata; dunque, in mancanza di un assenso (anche implicito) dell'organo legislativo pretermesso, esso non costituirebbe che un'intesa non giuridicamente vincolante, la quale, in altre parole, 'vale finché vale', potendo le parti sempre e liberamente sottrarvisi. Tale conclusione è raggiunta, da parte della dottrina (Conforti, *ibidem*), a partire da un'analisi della giurisprudenza interna di diversi Stati (tra cui, *ex multis*, il caso [In The Matter Of Surrender Of Elizaphan Ntakirutimana](#) davanti alla Corte distrettuale del Texas) e da una lettura dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 "orientata" nel senso di ritenere preponderante il requisito (consuetudinario) della violazione di una norma interna di importanza fondamentale su quello (convenzionale) della sua riconoscibilità «in buona fede e secondo la prassi abituale» (tale cioè da rendere tale violazione «manifesta»).

A mio avviso, la soluzione dipende dalla portata concreta dell'accordo in questione e, logicamente, non può prescindere dal contenuto dello stesso: poiché il *Technical Arrangement*, nella sua versione originale, non contiene di per sé alcuna indicazione circa le operazioni militari concretamente effettuate, limitandosi a regolare l'uso delle strutture e il riparto delle competenze, l'accordo sui droni armati, nella misura in cui preveda lo stoccaggio e i termini generali di impiego degli stessi, non si limita a "dare esecuzione" all'accordo di concessione, ma, al contrario, lo "integra". Infatti, esso ha l'effetto di autorizzare operazioni militari basate su una tecnologia di indubbia peculiarità e dal potenziale assolutamente innovativo (droni impiegati a fini di sorveglianza e, addirittura, di attacco armato), con evidenti ricadute, come si dirà meglio *infra*, su norme di primaria importanza dell'ordinamento costituzionale interno (tra cui quelle in tema di 'guerra'; artt. 11, 78, 87 comma 9). Mi sembra che si possa sostenere, a ragione, che un tale quadro renda la violazione di norme fondamentali (la competenza a stipulare) manifesta *in re ipsa*, e soprattutto non

giustificata, in modo convincente, dall'argomento secondo cui vi sarebbe una prassi, in tema di basi militari, di senso opposto (non potendo una prassi *contra legem* assurgere a fonte normativa). Dal citato contenuto integrativo del *Technical Arrangement*, sicuramente sussumibile nella fattispecie costituzionale di «accordo di natura politica» onde la necessità di un controllo parlamentare, e dalle legittime riserve circa l'effetto validante di prassi apertamente in contrasto con il dettato costituzionale, si può trarre un valido argomento a sostegno della qualificazione dell'accordo sui droni come intesa giuridicamente non vincolante.

Restano però due precisazioni da svolgere. La prima, di carattere formale, concerne la natura giuridica degli accordi che sono il presupposto di quello in questione e che, inevitabilmente, si riflette su di esso. Per quanto concerne quelli iscrivibili nell'alveo della bilateralizzazione dell'Alleanza Atlantica (i.e. il *BIA* del 1954 e lo *Shell Agreement* del 1995), essi sono stati tutti conclusi in assenza di ratifica da parte dell'organo legislativo, sulla scorta del rilievo secondo cui si tratterebbe di «accordi strumentali rispetto a trattati di alleanza e di cooperazione militare di cui l'Italia è parte contraente» (v. [Marchisio](#), p. 250, il quale tuttavia confuta detto orientamento), come tali rientranti nelle prerogative dell'Esecutivo. Tale ricostruzione poggerrebbe direttamente sugli artt. 3 e 9 del Trattato di Washington, poiché dall'obbligazione generale di mutuo sostegno militare (per la quale è sì intervenuta la ratifica parlamentare, con la [L. 1 agosto 1949, n. 465](#)) non può che discendere per l'Esecutivo la prerogativa di darvi attuazione concreta, dunque anche tramite accordi in forma semplificata, non essendo (più) necessario l'intervento parlamentare. A sostegno di tale tesi si invoca la circostanza, «più unica che rara» come definita dal Marchisio (*op. cit.*, p. 244), secondo cui l'articolo unico di tale legge non solo autorizza il Presidente a ratificare il Trattato, ma altresì richiede espressamente al Governo di «dare piena ed intera esecuzione» allo stesso: l'argomento testuale, in altre parole, deporrebbe a favore di chi attribuisce agli accordi relativi alle basi militari una natura puramente tecnica, ritenendoli nulla di più che una semplice 'specificazione' di precedenti accordi (politici) in relazione ai quali la ratifica parlamentare è intervenuta.

Tuttavia tale argomento non mi pare decisivo: resta ferma infatti la distinzione tra accordi meramente esecutivi (nel senso che danno esecuzione a un corredo di obblighi già definiti) e accordi integrativi (i quali, al contrario, innovano il contenuto degli obblighi aggiungendone di ulteriori o approfondendone il contenuto). Tanto gli accordi sulle basi militari quanto, *a fortiori*, quelli relativi all'impiego di determinate tecnologie belliche in dette basi (quale quella dei droni) non possono che rientrare, a pieno titolo, in quell'ultima categoria e restano pertanto bisognosi (come già detto) dell'autorizzazione parlamen-

tare alla ratifica, pena, in caso contrario, la sostanziale neutralizzazione della garanzia costituzionale.

La seconda precisazione è di carattere strettamente realistico, e prescinde dalla soluzione alla *vexata quaestio* del valore giuridico dell'accordo. Non si può infatti negare l'opportunità di una seria e pragmatica riflessione sulle modalità con cui tale accordo esplicherà i propri effetti. Stando alle officiose dichiarazioni riportate dalla stampa, il Governo italiano avrebbe sì acconsentito all'impiego di droni armati dalla base di Sigonella, seppur esplicitando due *caveat* di non secondaria importanza: in primo luogo, tale tecnologia dovrà essere utilizzata su autorizzazione *ad hoc* delle autorità militari competenti dello Stato ospitante. Si è peraltro già visto come tale *modus operandi* non sia affatto estraneo alla logica del *Technical Arrangement*, il quale anzi impone un obbligo di notifica al Comandante italiano per attività «non di routine» compiute dal contingente statunitense (cfr. art. 3 *Section VI* e l'*Annex No. 5* sopra citati): l'invio di un drone armato di missili Hell-fire per l'abbattimento di combattenti dello Stato Islamico, come prefigurato dai termini dell'accordo, ben può essere compreso in questa ipotesi. In secondo luogo, tali dispositivi potranno essere lecitamente impiegati unicamente a scopo difensivo e non, come invece le autorità statunitensi auspicerebbero, anche in operazioni di carattere offensivo: dunque, dalla base di Sigonella potrà partire l'ordine di aprire il fuoco solo nell'ipotesi in cui i *target* individuati dal drone stessero attuando un attacco armato nei confronti di contingenti statunitensi dispiegati *in the field*. Nel caso in cui ciò non si verificasse (e cioè in uno scenario di attacco puramente offensivo), il Comandante italiano, previamente avvisato, potrebbe eccepire la violazione di quell'«applicable Italian law» contemplato dall'art. 3 *Section VI* e dall'*Annex No. 5* quale forma estrema di veto dello Stato ospitante avverso una determinata attività compiuta dallo Stato ospite.

Infatti, l'espressione «applicable Italian law» non abbraccia unicamente norme di carattere tecnico (ad es. quelle norme sub-legislative regolanti il traffico aereo a bassa quota, pure richiamate nel *Technical Arrangement*, cfr. *Annex No. 12*) ma anche norme fondamentali per l'ordinamento giuridico nazionale. Tra queste sono da annoverare, innanzitutto, quelle costituzionali e ordinarie disciplinanti la guerra, laddove si volesse ritenere, come il Governo di Washington fa, che la «*war on terror*» sia inquadrabile come conflitto armato di carattere non-internazionale (v. [qui](#); su tale argomento, tuttavia, è lecito esprimere dubbi; v. Lubell, *The War (?) against Al-Qaeda*, in [Wilms](#)): ma una tale soluzione dovrebbe portare, di fatto, a un serio ripensamento dei termini dell'accordo con gli Stati Uniti, poiché l'Italia entrerebbe a tutti gli effetti in uno stato di co-belligeranza. Laddove invece le operazioni militari con impiego di droni armati fossero da ascrivere alla categoria delle attività di semplice *law enforcement*, il quadro non risulterebbe semplificato, poiché: stante il dettato

degli artt. 10 e 117 Cost., della legge di autorizzazione alla ratifica della CEDU ([L. 4 agosto 1955, n. 848](#)) e quindi degli obblighi convenzionali così come interpretati dalla Corte di Strasburgo (secondo il dettato delle sentenze gemelle della Corte Costituzionale, n. [348](#) e [349](#) del 2007), è sicuramente parte dell'art. 2 CEDU in materia di protezione del diritto alla vita: tale norma di protezione dei diritti umani fondamentali, nel caso di specie, assume rilievo in quanto vieta qualsiasi forma di uccisione arbitraria o extra-giudiziale, come potrebbe essere qualificata l'uccisione di *target* sensibili (quali affiliati ad un organizzazione terroristica o *supporters* dello Stato Islamico) tramite droni armati, in assenza di legittima difesa (v. il [Report](#) dello *Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions: Study on Targeted Killings*, nonché gli utili contributi disponibili [Heyns et al.](#) e [Bodnar/Pacho](#)).

Si potrà eccepire che, trattandosi di operazioni compiute su territori di Stati terzi tramite dispositivi pilotati in remoto da "agenti" non sottoposti all'autorità dello Stato italiano (ma statunitense, la quale mantiene *full military command over US personnel, equipment and operations*; cfr. il citato art. 3 *Section VI*), non potrebbe prospettarsi l'esistenza della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 1 CEDU (stante il pur controverso precedente del caso *Banković*). Nel caso di specie, alla luce degli obblighi di notifica al Comandante italiano e le prerogative di questi in caso di possibile violazione dell'*applicable Italian law*, è tuttavia lecito domandarsi: non è forse l'Italia inserita, in forza del *Technical Arrangement*, nel «decision-making system» (l'espressione è presa da [Markovic and Others v. Italy](#)) statunitense, circa la scelta degli obiettivi da colpire e le modalità con cui le operazioni di *targeting* saranno portate a termine? E laddove, a esito di tale processo, si scegliesse di ingaggiare un obiettivo non legittimo, non sarebbe l'Italia tenuta ad attivarsi per interrompere le operazioni e, così, prevenire una *extrajudicial, summary or arbitrary execution*? Potrebbe la stessa 'disinteressarsi' delle conseguenze, in termini di diritti umani, di un attacco armato che la stessa ha il potere di arrestare?

In conclusione, l'accordo da ultimo concluso tra il Governo italiano e quello statunitense, al netto di fondate perplessità circa il suo valore giuridico, testimonia la crescente (e drammatica) preoccupazione nei confronti dell'impiego di una tecnologia bellica che, se da un lato garantisce elevati standard di precisione nel *targeting*, dall'altro alimenta legittimi sospetti in termini di conformità con l'ordinamento giuridico italiano complessivamente considerato, contribuendo a rendere ancora più grigi i contorni della strategia globale anti-Isis.

12 maggio 2016

Iran e Stati Uniti di nuovo davanti alla Corte

Alice OLLINO (*)

Il 15 giugno 2016, la Repubblica Islamica dell'Iran ha presentato un [ricorso](#) contro gli Stati Uniti d'America presso la Corte Internazionale di Giustizia, accusando lo Stato americano di aver violato alcune disposizioni del Trattato di Amicizia stipulato fra i due Paesi nel 1955 regolante i rapporti diplomatici, le relazioni economiche e i diritti consolari. Il ricorso dell'Iran alla Corte di Giustizia costituisce la risposta all'adozione, da parte degli Stati Uniti d'America, di provvedimenti di natura legislativa ed esecutiva volti al congelamento e al sequestro di fondi detenuti negli Stati Uniti e appartenenti alla Banca Markazi, la Banca Centrale Iraniana.

L'intera vicenda ha origini piuttosto complesse: a seguito di alcuni attentati nei confronti di cittadini americani nel corso degli anni '90 a opera del gruppo terroristico di Hezbollah – fra cui il bombardamento di una caserma statunitense avvenuto a Beirut nel 1983, e l'attacco alle Khobar Towers avvenuto in Arabia Saudita nel 1996 –, i familiari delle vittime hanno intentato una serie di procedimenti risarcitori di fronte alle corti americane contro l'Iran, considerato Stato finanziatore del gruppo terroristico.

In particolare, la possibilità per le corti statunitensi di esercitare la propria giurisdizione nei confronti della Repubblica Islamica derivava dall'applicazione della cosiddetta "terrorism exception" contenuta nel *Foreign Sovereignty Immunity Act*. Quest'ultimo, così come emendato nel 1996, prevede che uno Stato estero considerato sponsorizzatore del terrorismo non possa invocare l'immunità dalla giurisdizione, quando il risarcimento dei danni per lesioni o morte sia richiesto dalla vittima e dai suoi aventi causa per atti di tortura, uccisioni extragiudiziali, sabotaggio di aerei e presa di ostaggi ([28 U.S.C. § 1605 A](#)).

Lo Stato iraniano ha sempre contestato la validità dei procedimenti in esame, rifiutandosi di risarcire i danni subiti dalle vittime e

(*) Università di Milano-Bicocca.

dai loro familiari. Pertanto, al fine di garantire un rimedio effettivo ai ricorrenti, il Governo americano ha adottato alcuni provvedimenti volti a rendere esecutive le pronunce contro l'Iran. In particolare, con [l'Executive Order No. 13599](#) del 2012, gli Stati Uniti disponevano il blocco dei beni e dei fondi iraniani con sede nel territorio americano; con l'adozione [dell'Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act](#) sempre del 2012, il Governo affermava l'esecutività della pronuncia di condanna dell'Iran al pagamento di danni punitivi e risarcitori nel caso *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran et al.* La *Section 502* di quest'ultimo documento infatti dispone che i beni finanziari iraniani bloccati, detenuti negli Stati Uniti da intermediari esteri, anche se di proprietà della Banca Centrale iraniana, dell'Autorità Monetaria del Governo dell'Iran o di qualsiasi altra agenzia del Governo, siano soggetti ad esecuzione «notwithstanding any other provision of law, including any provision of law relating to sovereign immunity» (*Section 502 (a)(1), U.S.C. § 8772*). Inoltre, si prevede espressamente che tali beni finanziari debbano essere identificati in quelli detenuti dalla Banca Markazi «subject of proceedings in the United States District Court for the Southern District of New York in Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran» (*Section 502 (b), U.S.C. § 8772*).

Il [20 aprile 2016](#) la Corte Suprema americana ha confermato la validità del provvedimento del Congresso che di fatto priva la Banca Iraniana di qualsiasi appiglio legislativo contro l'esecutività nei suoi confronti della sentenza, autorizzando dunque il sequestro e l'appropriazione di fondi per un valore di oltre 1.75 miliardi di dollari.

È da queste vicende che origina il ricorso della Repubblica Islamica di fronte alla Corte di Giustizia. L'Iran ritiene che i provvedimenti statunitensi volti al blocco e al sequestro dei beni finanziari di proprietà della Banca Markazi comportino la violazione di alcuni articoli del Trattato di Amicizia tra Iran e Stati Uniti, e in particolare degli articoli III. 1 (riconoscimento dello status giuridico delle società e imprese Iraniane), III.2 (accesso equo e imparziale alla giurisdizione), IV.1 (trattamento equo e imparziale dei propri cittadini e delle proprie imprese), IV.2 (protezione e sicurezza garantite ai propri cittadini e alle proprie imprese), V.1 (diritto di acquisizione e disposizione di beni e proprietà), VII.1 (divieto di restrizioni sui pagamenti o al trasferimento di fondi) e art X.1 (libertà di commercio e navigazione).

Qualsiasi pronostico riguardante la controversia appare prematuro, tuttavia la questione presenta alcuni aspetti rilevanti sotto il profilo del diritto internazionale. In primo luogo, la vicenda tocca alcune questioni fondamentali in tema d'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera e immunità dei beni degli Stati stranieri da provvedimenti cautelari o esecutivi. Tuttavia l'oggetto della disputa iniziata dall'Iran attiene precipuamente alla violazione specifica di alcune norme del Trattato di Amicizia tra i due paesi, le quali toccano solo indirettamente il problema dell'immunità. Ciò deriva dall'impossibilità per la

Repubblica Islamica di instaurare una controversia sulla base della violazione di norme consuetudinarie in tema d'immunità, atteso che entrambe le parti non riconoscono come obbligatoria la giurisdizione della Corte ai sensi dell'art. 36.2 dello Statuto. Ne consegue che qualsiasi disputa fra i due Stati debba limitarsi ai casi espressamente previsti nei trattati stipulati dai due paesi.

A questo riguardo, il Trattato di Amicizia prevede espressamente la possibilità di ricorrere alla giurisdizione della Corte. L'art. XXI.2 dispone infatti che «any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation and application of the present Treaty, not satisfactorily adjusted by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties agree to settlement by some other pacific means».

È stato giustamente rilevato (si veda a questo proposito l'intervento del Prof. Ku su [Opinio Juris](#)) che l'art. XXI.2 ha già costituito fonte di giurisdizione per la Corte nei casi del [Personale Diplomatico e Consolare degli USA a Teheran](#) nel 1980 e delle [Piattaforme Petrolifere](#) del 2003; questo costituisce pertanto una valida base per la giurisdizione nella controversia in esame. Inoltre, nel caso di specie, la vicenda presenta i caratteri di una disputa ai sensi dell'Art. XXI.2, atteso che l'Iran si è sempre rifiutato di rispettare le decisioni delle corti americane e provvedere al risarcimento delle vittime statunitensi. Giacché poi nessun accordo o risoluzione diplomatica sono mai stati raggiunti dalle parti in merito alla vicenda e anzi lo scorso 20 aprile la Corte Suprema statunitense ha confermato la validità dei provvedimenti esecutivi di espropriazione e sequestro dei fondi della Banca Centrale Iraniana, sussistono i presupposti per ritenere che la disputa sia suscettibile di esame di fronte alla Corte di Giustizia.

Si tratta a questo punto di stabilire se la questione sollevata dall'Iran nel proprio ricorso attenga effettivamente all'interpretazione e all'applicazione del Trattato di Amicizia fra i due paesi, e pertanto sussistano anche i requisiti per la giurisdizione della Corte *ratione materiae*. A questo riguardo, un primo problema concerne la possibilità che la Banca Centrale dell'Iran rientri effettivamente nella definizione di «company» prevista dal Trattato e in particolare dagli artt. III, IV, e V, la cui violazione è invocata dall'Iran come base del suo ricorso. È ragionevole ipotizzare infatti che gli Stati Uniti contesteranno l'applicazione delle norme sul Trattato nei confronti della Banca Markazi, in virtù di un'interpretazione di natura letterale delle norme in questione.

In particolare, nella [memoria](#) presentata nel 2015 davanti alla Corte Suprema in qualità di *amicus curiae*, lo Stato americano ha affermato che l'art. III e l'art. IV non possono trovare applicazione nei confronti della Banca Centrale Iraniana in quanto quest'ultima non può definirsi né «national» né «company» ai sensi del Trattato. Mentre il termine *national* «make(s) sense only if [...] understood to refer

exclusively to natural persons» (*Bank Markazi v Peterson et al*, Brief for the United States as *amicus curiae*, p. 21), il termine *company* può riferirsi esclusivamente a «corporations, partnerships, companies and other associations, whether or not with limited liability and whether or not of pecuniary profit» (p. 22). Per gli Stati Uniti, la Banca Centrale Iraniana costituirebbe invece un'agenzia di stato per lo svolgimento di funzioni pubbliche, pertanto non rientrante in alcuna delle categorie predette. Inoltre un'interpretazione restrittiva del termine *company* sarebbe confermata secondo gli USA dall'uso all'art. XI.4 del termini «government agencies and instrumentalities» accanto ai concetti distinti di «corporations and associations» (p. 22). Nella [risposta](#) alla memoria depositata dagli Stati Uniti, la Banca Markazi ha affermato che non solo una tale interpretazione non sarebbe mai stata adottata, ma che, inoltre, durante la fase negoziale del Trattato sarebbero stati proprio gli USA a voler includere nella definizione di *company* tanto società private quanto entità pubbliche (*Bank Markazi v Peterson et al*, Supplement Brief for Petitioner, p. 10).

Anche ammesso che la Banca Markazi possa rientrare nella definizione di *company* e dunque essere coperta dal Trattato, resterebbero comunque da risolvere altre questioni rilevanti. Fra queste rientra certamente il problema di stabilire se i provvedimenti esecutivi concernenti il congelamento e il sequestro dei fondi della Banca Centrale costituiscano effettivamente una violazione del principio di «fair and equitable treatment» previsto dall'art. IV.1 del Trattato. Nel caso delle *Piattaforme Petrolifere*, la Corte di Giustizia, negando che l'art IV potesse riguardare il caso in esame e in particolare le azioni di forza poste in essere dagli Stati Uniti nei confronti dell'Iran, affermava che la norma concerne «the treatment by each party of the national companies of the other party, as well as property and enterprises» (CIG, *Oil Platform*, 1996, par. 36). Per quanto la definizione sembri comprendere la questione in esame, e in particolare il trattamento riservato dagli Stati Uniti nei confronti dei beni finanziari iraniani sotto la propria giurisdizione, è pur vero che nella memoria *amicus curiae* gli USA, ribadendo quanto affermato in precedenza dalla [Corte d'appello](#), hanno sostenuto che nessuna violazione sarebbe ipotizzabile poiché la Section 502 dello U.S. code § 8772, che consente l'esecuzione sui beni finanziari iraniani, non ha alcuna natura discriminatoria (p. 10). Questo perché, nonostante i paragrafi (a) e (b) della norma facciano espresso riferimento all'esecuzione dei beni finanziari iraniani detenuti negli Stati Uniti, il par. (c) specifica che «nothing in this section shall be construed (1) to affect the availability, or the lack thereof, of a right to satisfy a judgement in any other action against a terrorist party in any proceedings other than proceeding». Di conseguenza, l'eventualità di poter procedere all'esecuzione sui beni finanziari di altri Stati stranieri ritenuti finanziatori del terrorismo e nei cui confronti siano iniziati procedimenti di risarcimento del danno per lesioni

o morte di cittadini americani priverebbe la norma della sua natura discriminatoria.

Una delle norme più importanti del Trattato che l'Iran ritiene violata è l'art. IV.2. La norma garantisce il minimo di protezione e sicurezza riconosciuti dal diritto internazionale generale, laddove afferma che «property of nationals and companies of either High Contracting Party [...] shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than that required by international law». Qualora la Corte di Giustizia ritenesse che i provvedimenti di blocco e sequestro dei fondi della Banca Markazi attengano all'applicazione e all'interpretazione del trattato poiché potenzialmente lesivi delle norme sulla protezione e la sicurezza dei beni stranieri, l'Iran potrebbe sostenere la violazione da parte degli USA delle norme consuetudinarie in materia d'immunità degli Stati, e in particolare delle norme sull'immunità dei beni degli Stati stranieri da provvedimenti cautelari o esecutivi. In effetti l'art. IV.2 è l'unico a prevedere espressamente un riferimento agli standard di diritto internazionale, potendo pertanto costituire la valvola attraverso cui inserire la questione dell'immunità. Non è detto però che la Corte ritenga le norme sull'immunità dei beni stranieri dai provvedimenti esecutivi parte delle regole di diritto internazionale generale sulla protezione e sulla sicurezza degli investimenti. D'altronde, «full protection and security» si riferisce primariamente agli obblighi di diligenza che uno Stato deve osservare al fine di prevenire azioni da parte di soggetti terzi (privati o organi di Stato) che minino la sicurezza *fisica* dell'investimento. Vero è che tale principio potrebbe riferirsi non solo alla protezione fisica dell'investimento, ma anche a quella giuridica (così sembra peraltro implicitamente affermare la [CIG nel caso ELSI](#), par. 109-111). Tuttavia, resterebbe comunque da chiarire se gli obblighi di diligenza volti a garantire tale protezione giuridica (obblighi tradizionalmente identificabili nel divieto di diniego di giustizia) comprendano anche il rispetto delle norme consuetudinarie in materia di immunità.

Quella dell'immunità rappresenta indubbiamente uno dei punti più rilevanti di tutta la controversia. È difficile ipotizzare che la Corte possa esprimersi riguardo all'immunità dello Stato iraniano dalla giurisdizione americana e alla validità della «terrorism exception clause», giacché potrebbe ritenere tale problematica non rilevante – in quanto concernente atti rivolti contro lo Stato dell'Iran, e non direttamente la protezione e la sicurezza della Banca Markazi. Anche ammettendo poi che la Corte ritenesse l'art. IV.2 rilevante ai fini delle norme attinenti all'immunità dei beni degli Stati stranieri da provvedimenti cautelari o esecutivi esteri, resterebbe comunque aperta la questione della portata consuetudinaria di tali norme.

A questo riguardo, nel caso [Immunità giurisdizionali dello Stato](#), la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che «rules of custo-

mary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity (...) are distinct, and must be applied separately» (CIG, *Jurisdictional Immunity*, 2012, par. 113). Collegandosi all'art. 19 della [Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni](#) (pur non ancora in vigore), la Corte ha affermato che, affinché un bene straniero possa essere assoggettato a qualsiasi misura cautelare o esecutiva da parte di uno Stato estero, è necessario che (a) il bene in questione sia utilizzato per attività che non perseguono scopi pubblicistici oppure (b) che lo stato straniero proprietario del bene abbia acconsentito alle misure esecutive adottate dallo Stato estero, oppure ancora (c) che lo stato straniero abbia messo a disposizione il bene per il soddisfacimento in sede giudiziaria dello Stato estero (par. 118).

Ipotizzando che né (b) né (c) si applichino al caso di specie, la Corte si troverebbe a stabilire se i fondi della Banca Markazi detenuti negli Stati Uniti perseguano o meno scopi non-commerciali, tali da renderli immuni da qualsiasi provvedimento esecutivo nei loro confronti. Per quanto concerne l'applicazione di questo principio da parte delle corti americane, il "test" dell'esercizio di attività commerciali o pubbliche è stato da queste regolarmente applicato al fine di determinare se i beni finanziari delle Banche Centrali possano effettivamente essere coperti da immunità. Ciò è avvenuto e avviene sulla base della *Section 1611(b)1* dello *US Code*, la quale, in materia di immunità giurisdizionali, dispone che «the property of a foreign state shall be immune from attachment and from execution [...] if the property is that of a foreign central bank or monetary authority held for its own account». A questo riguardo, l'espressione «for its own account» si è rivelata piuttosto complessa da interpretare; le Corti tendenzialmente l'hanno intesa come riferita a tutti quei fondi e beni che attengono allo svolgimento delle attività centrali di una Banca, e non alle sue funzioni commerciali ([Bank of Credit v. State Bank of Pakistan](#), United States Court of Appeal Second Circuit, 2001, par. 239). Tuttavia, per funzioni commerciali le Corti americane hanno inteso tutte quelle attività che possono essere potenzialmente esercitate anche da un soggetto privato ([Republic of Argentina et al. v. Weltover](#), US Court of Appeal for the Second Circuit, 1992, par. 614.), rendendo in tal modo particolarmente restrittiva la regola di applicazione dell'immunità. Con riferimento alla natura delle attività della Banca Markazi, la [Corte distrettuale](#) americana nel 2013, interrogandosi proprio sulla questione dell'immunità, affermava che, a prescindere dalle clausole e dai provvedimenti governativi eccezionali limitanti l'immunità giurisdizionale ed esecutiva, «the activities of Bank Markazi are not central banking activities that would provide immunity» (*Peterson v Islamic Republic of Iran*, US District Court of New York, 2013, p. 27).

Ci si potrebbe infine domandare se, tra i vari motivi che potrebbero essere avanzati dagli USA al fine di ottenere una dichiarazione di

difetto di giurisdizione da parte della Corte, possa figurare anche l'art. XX.1(d) (peraltro già invocato dagli Stati Uniti nel caso delle *Piattaforme Petrolifere*), in virtù del quale «the present Treaty shall not preclude the application of measures necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests». Ciò sarebbe possibile qualora gli USA sostenessero per esempio che i ricorsi contro l'Iran e i provvedimenti esecutivi riguardanti i beni della Banca Centrale costituiscano delle contromisure in risposta agli attacchi terroristici finanziati dall'Iran. È stato tuttavia giustamente notato (si veda l'intervento di Grandaubert su [EJIL:Talk!](#)) come un simile argomento sia difficile da sostenere, in quanto il sequestro dei fondi iraniani per un valore di 1.75 miliardi di dollari costituirebbe certamente una contromisura di carattere non reversibile, in violazione di quanto previsto dall'art. 49.3 del [Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato](#). Sotto questo profilo, una difesa degli Stati Uniti basata sull'ambito di applicazione delle norme del trattato volta ad escludere la Banca Markazi dai soggetti titolari di protezione ai sensi delle norme invocate dall'Iran appare essere più convincente.

29 giugno 2016

Il mandato della missione di stabilizzazione in Mali: verso una convergenza tra *peacekeeping* e anti-terrorismo?

MIRKO SOSSAI (*)

In giornate funestate dagli attacchi terroristici ad Istanbul, Dacca e Baghdad, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha prorogato la missione di stabilizzazione in Mali (MINUSMA) sino al 30 giugno 2017, con l'obiettivo dichiarato di rafforzarla, per un verso facendo crescere il contingente di 2.500 unità e al contempo precisando ulteriormente il mandato.

Il testo della ris. 2295 (2016) riveste particolare interesse per una serie di ragioni: in primo luogo, per la precisa scelta semantica del Consiglio di chiamare "terrorismo" l'estremismo violento di matrice jihadista in Mali; per individuare quale priorità strategica della missione multidimensionale l'attuazione dell'accordo di pace del 2015 con particolare riguardo al ristabilimento e l'estensione dell'autorità dello Stato sull'intero territorio; per l'esplicita indicazione rivolta alla missione di adottare un approccio più proattivo e robusto nell'esecuzione del mandato; e, a questo scopo, per la richiesta che MINUSMA si doti di mezzi militari adeguati, compreso l'impiego di droni.

Una decisione quella del Consiglio di sicurezza che si è resa necessaria anche per reagire al triste primato di MINUSMA come la [missione dell'ONU più pericolosa tra tutte](#): 27 i morti e più di cento feriti in un solo anno. Si noti che la situazione in Mali si caratterizza anche per la contestuale presenza di altri attori internazionali: non soltanto le forze armate francesi impegnate nel quadro dell'operazione Barkhane, ma anche l'Unione europea, che ha lanciato due missioni di assistenza e addestramento del personale militare e di polizia. In occasione dell'approvazione della ris. 2295 (2016), il rappresentante fran-

(*) Università di Roma Tre.

cese – ossia, il suo sponsor principale – ha dichiarato che il Consiglio ha fornito a MINUSMA il mandato più robusto possibile in uno scenario di terrorismo. L'obiettivo di questo scritto è mettere a tema l'esistenza di una reciproca attrazione tra il mandato affidato alle operazioni di peacekeeping delle Nazioni Unite e l'obiettivo di combattere il terrorismo internazionale. Si tratta di una questione sulla quale si sta concentrando [un'attenzione crescente](#) e che offre diversi spunti di riflessione sul piano politico, strategico e giuridico.

In teoria: azioni coercitive di contrasto al terrorismo non dovrebbero rientrare tra i compiti del peacekeeping dell'ONU

Ad un primo livello di analisi, la domanda è se le operazioni di pace dell'ONU debbano farsi carico di condurre azioni antiterroristiche di natura coercitiva. Il [rapporto del Panel indipendente di alto livello sul futuro del peacekeeping](#) pare esprimere la convinzione maggioritaria nella comunità internazionale quando manifesta le proprie forti perplessità rispetto a un possibile utilizzo dei caschi blu per tali compiti, tanto per la loro composizione quanto per la natura stessa del *peacekeeping*, in ragione anche della mancanza di adeguato equipaggiamento, sostegno logistico, preparazione militare specializzata. Posizione questa condivisa anche dal [Segretario generale](#) delle Nazioni Unite.

In particolare, il rapporto sul futuro di *peacekeeping* si preoccupa di distinguere, anche sul piano tattico, l'impiego della forza al fine di proteggere la popolazione civile o il personale dell'ONU, dal mandato che affidi a un contingente il compito di neutralizzare o sconfiggere un avversario.

Pertanto, la conclusione a cui giunge il rapporto è che «Such operations should be undertaken by the host Government or by a capable regional force or an *ad hoc* coalition authorized by the Security Council». Inoltre, laddove un'operazione di *peacekeeping* sia dispiegata accanto ad altri contingenti, il Panel suggerisce la necessità di un adeguato coordinamento e una chiara distinzione di ruoli con le forze non-Nazioni Unite. Va osservato che il Consiglio non soltanto ha riconosciuto il contributo delle forze francesi, presenti con l'operazione Barkhane su invito del governo maliano, nel contrastare i gruppi jihadisti nel nord del Paese, ma ha pure autorizzato quelle truppe a usare la forza a sostegno di MINUSMA, in caso di minaccia grave e imminente, su richiesta del Segretario generale.

Dunque, per il Panel di alto livello sono le coalizioni di Stati e soprattutto le forze di carattere regionale ad essere meglio attrezzate in termini di mezzi, risorse e capacità a contrastare il terrorismo. Quanto alle organizzazioni regionali, occorre ricordare il [tentativo coordinato dall'Unione africana di arginare l'espansione di Boko Haram](#).

In pratica: il peacekeeping delle Nazioni Unite nell'orizzonte della prevenzione dell'estremismo violento e del terrorismo

Se dunque le operazioni di *peacekeeping* non costituiscono lo strumento più adeguato nel caso di una risposta coercitiva al terrorismo, almeno sul piano teorico, nondimeno sia MINUSMA in Mali sia la missione dispiegata in Repubblica centrafricana (MINUSCA) si sono dovute ugualmente confrontare con la sfida di dare attuazione al proprio mandato in scenari conflittuali contrassegnati dall'estremismo violento. È questa un'espressione che in misura crescente si rinviene nella prassi delle Nazioni Unite: la ris. 2178 (2014) del Consiglio di sicurezza, dedicata al fenomeno dei c.d. *foreign fighters*, condanna l'estremismo violento come fenomeno che può condurre al terrorismo e che richiede misure volte a prevenire la radicalizzazione, il reclutamento e la mobilitazione di individui in gruppi terroristici (vedi il post di [Ali](#)).

Si tratta di due nozioni che non coincidono, come si è premurato di sottolineare anche il Segretario generale dell'ONU nel [Piano d'azione sulla prevenzione dell'estremismo violento](#), presentato all'inizio del 2016: se questa nuova categoria, più ampia, comprende comportamenti non riconducibili al terrorismo, sono allora necessarie nuove iniziative di prevenzione e contrasto diverse che affrontino soprattutto le cause fenomeno. Il Piano d'azione del Segretario generale ha inteso adottare un approccio pragmatico e per questo (ben volentieri) si è sottratto allo sforzo di definire che cosa si debba intendere in linea generale per "estremismo violento": si riconosce in ogni caso la crescente minaccia di gruppi estremisti violenti in diverse regioni del pianeta e di alcuni fattori ricorrenti che favoriscono la radicalizzazione. È importante evidenziare che il Segretario generale introduce un esplicito riferimento al *peacekeeping* tra le sue raccomandazioni: vi si esprime il suo proposito di integrare la prevenzione dell'estremismo violento nelle attività delle operazioni di pace e delle missioni politiche speciali, secondo i rispettivi mandati, nonché in quelle di altre iniziative dell'ONU, compresi i programmi di disarmo, smobilitazione e reintegrazione e le riforme al settore della sicurezza.

La domanda che occorre porsi è quali implicazioni possa avere sul futuro del *peacekeeping* delle Nazioni Unite inserire i compiti di una missione nell'orizzonte della prevenzione e del contrasto all'estremismo violento. La prima perplessità riguarda il dispiegamento di operazioni di pace in scenari segnati da conflittualità e violenza diffuse: già il documento noto come dottrina Capstone sottolineava come «a United Nations peacekeeping operation can only succeed if the parties on the ground are genuinely committed to resolving the conflict through a political process».

In secondo luogo, il rapporto del panel di alto livello sul futuro del *peacekeeping* è significativamente centrato sul primato della politica nella soluzione dei conflitti e sull'impegno ad un dialogo aperto

con tutte le parti, attori statali e non statali: naturalmente, gruppi radicali jihadisti costituiscono una sfida a questo paradigma, dal momento che sia i loro obiettivi sia i loro comportamenti appaiono totalmente irconciliabili con i fini e i principi delle Nazioni Unite. Rimane poi aperta la questione della definizione stessa di gruppi violenti estremisti: non soltanto taluni governi potrebbero comunque abusarne al fine di estromettere da una soluzione politica talune fazioni, ma occorre pure tener conto che le reti radicali – soprattutto [nel continente africano](#) – non sono immutabili né costituiscono un monolite, dal momento che tra i loro membri variano sia le motivazioni che i livelli di coinvolgimento ideologico.

MINUSMA come caso-studio: le conseguenze di un approccio sempre più robusto

Con il crescere prima e il persistere poi di una situazione di violenza di tipo terroristico in Mali e al contempo con la conclusione dell'accordo di pace e riconciliazione nel 2015, ci si era chiesti se la missione MINUSMA, istituita dalla ris. 2100 (2013), potesse efficacemente realizzare il proprio mandato, soprattutto per quanto riguardava il conseguimento della stabilizzazione dei principali centri abitati, e il sostegno alle autorità di transizione del Mali per il ristabilimento dell'autorità dello Stato in tutto il paese. Il termine chiave a cui occorre rivolgere l'attenzione è quello di "stabilizzazione": tuttavia il panel di alto livello non ha potuto che riconoscere semplicemente che del termine, ampiamente impiegato nella prassi, si hanno diverse interpretazioni e che il suo utilizzo da parte delle Nazioni Unite richieda un chiarimento.

L'obiettivo del rafforzamento della missione è stato perseguito dal Consiglio di sicurezza sollecitando un approccio maggiormente robusto e proattivo. Per comprendere le ricadute dell'adozione della ris. 2295 (2016) sulla natura stessa della missione, è sufficiente soffermarsi sulla lettera *c*) del par. 19, relativo ai compiti di protezione della popolazione civile e di stabilizzazione, soprattutto contro le minacce di tipo asimmetrico: alla missione MINUSMA è chiesto, infatti, di effettuare in maniera attiva ed efficace pattugliamenti in aree dove i civili sono in pericolo, nonché di impedire il ritorno di elementi armati in tali zone, conducendo anche operazioni dirette in caso di minacce serie e credibili.

Talune delegazioni hanno espresso i propri dubbi circa l'interpretazione da darsi a questa e alla successiva lettera *d*), relativa alle misure per contrastare attacchi asimmetrici allo scopo di difendere attivamente il mandato di MINUSMA. Il rappresentante dell'Uruguay ha ad esempio sottolineato che la natura proattiva di un'operazione di peacekeeping non dovrebbe portare ad azioni o attacchi di carattere preventivo laddove si trattasse di contrastare il terrorismo. Il problema è dunque fino a che punto possano spingersi le misure volte ad an-

ticipare e scongiurare minacce di tipo asimmetrico. A conferma che non è poi così netta la linea di demarcazione tra un uso della forza per proteggere la popolazione civile e operazioni militari volte a neutralizzare gruppi terroristici.

L'esigenza di prevenire l'estremismo violento e il terrorismo incide inoltre su un'altra attività chiave del *peacekeeping*, che fa peraltro parte del mandato di MINUSMA: il sostegno allo sviluppo e l'attuazione di programmi nazionali di disarmo, smobilitazione e reintegrazione dei membri dei gruppi armati (noti anche con l'acronimo DDR – *disarmament, demobilization and reintegration*). È possibile in questa sede solo segnalare le sfide che gli scenari appena descritti pongono sul DDR: ci si domanda sino a che punto tali programmi siano realmente possibili nel contesto di conflitti ancora in corso; se il DDR possa essere poi efficace quando le missioni di *peacekeeping* sono impegnate in mandati così robusti; quali piste siano eventualmente percorribili rispetto alla smobilitazione e reintegrazione dei componenti gruppi radicali terroristi (compresi i *foreign fighters*). [Un recente studio](#) non ha potuto che riconoscere che lo sviluppo di iniziative di DDR in contesti come quello maliano oppure somalo «presents a host of safety, legal, ethical, operational, and reputational risks to the UN, its staff, Member States, and donors». Per uscire dall'impasse, lo studio ha avanzato la proposta di adattare il DDR alle nuove esigenze e di elaborare un nuovo quadro concettuale, che gli autori identificano con l'espressione “Demobilization and Disengagement of Violent Extremists” (DDVE). Resta evidentemente tutto da valutare quanto tale sviluppo sia opportuno nel futuro del *peacekeeping* delle Nazioni Unite.

Quale coerenza con i principi cardine del *peacekeeping*?

Sulla scia della prassi più recente questo breve scritto ha tentato di individuare alcuni nodi problematici rispetto ad un'eventuale convergenza tra il mandato delle operazioni *peacekeeping* delle Nazioni Unite e la lotta al terrorismo internazionale. Si è evidenziato che, almeno sul piano teorico, è opinione diffusa che i caschi blu non dovrebbero essere coinvolti in operazioni militari allo scopo di neutralizzare gruppi terroristici, come sottolineato dal rapporto del panel di alto livello. In pratica, tuttavia, alle missioni più recenti sono stati affidati mandati sempre più robusti allo scopo di assicurare la stabilizzazione di talune zone nonché la protezione della popolazione civile, a fronte della minaccia costituita da gruppi radicali di stampo jihadista. Gli scenari di forte instabilità in cui operano le forze ONU pongono una serie di problemi di tipo politico, giuridico e operativo, sia con riguardo alla composizione della forza sia rispetto all'addestramento e all'equipaggiamento dei contingenti.

La preoccupazione maggiore riguarda l'impatto sul piano della coerenza delle missioni ai principi fondanti il *peacekeeping* delle Na-

zioni Unite (consenso delle parti, imparzialità, non-uso della forza) e, in ultima analisi, su quello della loro efficacia e legittimità delle operazioni di pace. Come noto, l'ampliamento delle possibilità dell'impiego della forza armata da parte delle missioni di pace è collegato al venir meno della [distinzione](#) tra mediazione politica e *peace-keeping*, da un lato, e *peace-building*, *peace-enforcement* e *state-building*, dall'altro. Va naturalmente tenuto conto che l'esercizio di funzioni coercitive da parte delle truppe di un'operazione potrebbe farle ricadere nella categoria dei combattenti secondo il diritto dei conflitti armati, rischiando così di generare confusione rispetto allo status giuridico dei peacekeepers, posto che tradizionalmente non costituiscono un obiettivo militare legittimo. Un aspetto notoriamente problematico riguarda il fatto se l'impiego di un contingente in operazioni di carattere "offensivo" incida sullo status giuridico dell'intera missione di pace delle Nazioni, trasformandola nel suo complesso in una parte del conflitto.

Quanto infine al tema dell'imparzialità, la presenza di truppe di Stati esteri impegnate in operazioni di contrasto al terrorismo accanto e in parallelo alla missione di *peacekeeping* potrebbe avere un effetto negativo sulla percezione che di essa si ha tra la popolazione civile. È stato anche il caso dei caschi blu della missione MINUSMA impegnati nella parte settentrionale del Mali, che operano, pur nella diversità dei mandati, nella medesima area di azione dell'operazione delle forze armate francesi autorizzate dal Consiglio di sicurezza.

12 luglio 2016

The ICJ decision in the Marshall Islands cases or the unintended consequences of “awareness”

EDOARDO STOPPIONI (*)

In [three judgments](#) rendered on 5th October 2016, the International Court of Justice decided for the first time that it could not entertain an *entire* case for absence of dispute between the parties at the time of the application. In doing so, the Court confirmed its willingness to stick to a new concept of “dispute” in international law that the Court itself fashioned in some of its latest case law.

The factual background of the case is [known](#) to *SIDIBlog* readers. The Republic of the Marshall Islands (RMI), in the name of its tragic history of being used as a testing ground for nuclear weapons, had submitted separate applications against 9 States known or presumed to hold nuclear weapons, invoking a failure to comply with their obligations of cessation of the nuclear arms race and of nuclear disarmament under article VI of the Non-Proliferation Treaty and the alleged customary norm of identical content. The Court only listed the three cases against those States having made an optional declaration under article 36(2) of the ICJ Statute: India, Pakistan and the United Kingdom. The other States refused the offer of *forum prorogatum*.

All defendants contested the jurisdiction of the Court based on three main arguments. According to them, there was no actual dispute at the time the request was filed. This was a “contrived dispute” that the ICJ should reject. Second, the Court could not decide upon the international responsibility of the defendants without violating the *Monetary Gold* principle by implicitly adjudicating on the responsibility of other nuclear States not before the Court. Third, the jurisdiction of the Court was ruled out by the reservations in the unilateral declarations. The Court rejected the applications in three short and substantially

(*) Max Planck Institute Luxembourg.

identical 25-page decisions, where it upheld the defendant States' first preliminary objection, without touching upon the other two.

It seems clear that the will of the ICJ was avoiding all the politically sensitive issues raised by the case. The reasoning, under the pretext of judicial economy, reflects an avoidance strategy that the Court seemingly deployed in other nuclear cases too. In the [Nuclear Tests judgments of 1974](#) the Court found that, due to the French unilateral commitment to stop carrying out atmospheric tests, the dispute no longer existed. A [request for examination](#) of the evolution of the situation was lodged in 1995, based on para. 63 of the 1974 judgment («the Applicant could request an examination of the situation in accordance with the provisions of the Statute»), but the Court found that the basis of the judgment remained unaffected and rejected the claim on procedural grounds.

The ICJ's famous [advisory opinion](#) of 1996 provides further evidence of a reserved attitude towards nuclear cases. Then, the casting vote of the President proved necessary to approve an ambiguous statement (the well-known Paragraph E of the dispositif) on the compatibility of the use of nuclear weapons with international humanitarian law. As [Judge Oda](#) said apropos this statement: «the equivocations of subparagraph E prove my point that it would have been prudent for the Court to decline from the outset to give any opinion at all in the present case. The fact that the Court could only come to such an equivocal conclusion hardly serves to enhance its credibility». What [Brigitte Stern wrote criticizing the outcome of the 1974 nuclear cases](#) applies to the *Marshall Islands* cases, too: «by refusing to decide the case on the basis of preliminary objections in order not to take a position on the evolution of the law, the Court risks to destroy its function at least as much as if it had participated in the emergence of certain new rules or as if it had stopped them».

The historical record shows that objecting to the jurisdiction of an international court on the basis of an alleged absence of dispute has never been a promising strategy, as the relevant threshold was set very low. Counsels for the Marshall Islands were well aware of that. As Professor Condorelli eloquently said «l'argument ne tient pas la route» because the dispute «est affichée sous les yeux de la Cour», as if the simple opposition of the claim by the defendant sufficed to generate a dispute. Had the Court considered that this was not enough, in Condorelli's view the Court should have nonetheless rejected the “surprise dispute” argument because the RMI had repeatedly protested against the attitude of nuclear States in multilateral fora. For the Court this was still not enough, since it was not proved that the defendants were «aware, or could not have been unaware» of the RMI's allegations against them (see for instance para. 38 of the [judgment against India](#)).

The “awareness test” is in fact not completely new. In [De Curzio \(1959\)](#), the Italian-United States Conciliation Commission considered that it lacked jurisdiction to entertain the claim submitted by Vitalina Di Curzio, because she had not petitioned the Italian Government first. The Commission stressed that the defendant «was never placed in a position to either recognize or deny its obligation under the Treaty». However, the *ratio decidendi* here seems to be different: what counts is not the awareness of the defendant but giving it the opportunity to recognize or deny the international obligation.

The ICJ’s stance in the case in hand is certainly more restrictive. The Marshall Islands had raised its claim in multilateral fora, a claim that the nuclear States were in a position to answer by recognizing or denying the relevant obligation under the Non-proliferation Treaty or customary international law, as per the *De Curzio* standard. For the ICJ, however, nothing short of a «bilateral diplomatic exchange», or «consultations or negotiations» concerning the breach of the obligation was necessary (see e.g. para. 44 of the [judgment against India](#)). This position is hardly acceptable as it seems to make the notion of a multilateral dispute void, when – as [Judge Crawford](#) stressed – the importance of cases like *South West Africa* «lies in the recognition that a multilateral disagreement can crystallize for adjacent purposes as a series of individual disputes coming within the Statute».

As [Judge Sebutinde](#) suggested in her dissent, what transforms a mere disagreement into a legal dispute is now the subjective element of awareness of the defendant. This may not be the most disturbing novelty introduced by the ICJ’s decision, since the judicial assessment of this subjective element can and must be based on objective elements. More interestingly, as pointed out by [Judge Tomka](#), this new theory led the ICJ to reshape the critical date factor and to introduce an element of formalism previously unknown to its case law. If awareness must have ripened before the filing of the application, one gets very close to notification.

In the [2012 Belgium v. Senegal judgment](#), the Court declined jurisdiction for the claims based on customary international law since at the time of the filing of the application the dispute between the parties «did not relate to breaches of obligations under customary international law» (par. 55). However, in its previous case law, the Court had stressed that «while its jurisdiction must surely be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings, the Court should not, however, penalize a defect in procedure which the Applicant could easily remedy» (see [Congo v. Rwanda \(2006\)](#), para. 54). This is so because, as the Court itself observed «what matters is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel

the applicant to begin the proceedings anew» ([Croatia v. Serbia \(2008\)](#), para. 85).

In the case in hand, the Court blurred the distinction between the concept of a dispute and the idea of prior exhaustion of diplomatic remedies, a conflation that has recently been condemned by the Court itself ([Nicaragua v. Colombia, \(2016\)](#), para. 72: «although a formal diplomatic protest may be an important step to bring a claim of one party to the attention of the other, such a formal protest is not a necessary condition»). The ICJ adopted a deferential attitude towards the defendant's sovereignty that recalls the "*théorie du succédané*", crafted by the Permanent Court of International Justice in the [Free Zones case](#) (1919, p. 13), according to which the institution of international proceedings is only a *succédané* to diplomatic settlement. This is shown by the fact that the concept of "awareness" appears in law of the sea arbitration: «Article 283 [UNCLOS] requires that a dispute has arisen with sufficient clarity that the Parties were aware of the issues in respect of which they disagreed» ([Chagos Marine Protected Area Arbitration \(Mauritius v. United Kingdom\), Award, PCA Case No. 2011-03](#), para. 382). Here, the awareness standard is not picked from general international law but from Article 283 UNCLOS, which mandates an exchange of views before the filing of the case.

The Court did not explain what the legal basis for its new doctrine of awareness is. And it also failed to clarify what exactly is required of the claimant under it. This uncertainty is made even more evident by the fact that some dissenting judges analyze the Court's case law, at least from *Belgium v. Senegal* onwards, as a *revirement* (see the opinions of [Vice-President Yusuf](#) and of judges [Tomka](#), [Benouna](#), [Sebutinde](#), [Robinson](#), [Crawford](#) and [Bedjaoui](#)), whereas other judges believe that no such change occurred (see the opinions of [President Abraham](#) and of judges [Owada](#) and [Xue](#)). Is the concept of dispute affirmed by the Court one of general international law? If so, it will be interesting to see what impact, if any, such concept will have in other international fora.

Other aspects of the decision attract criticism. The way the Court understood judicial economy is an example. As the Court could not fail to realize that a dispute, assuming that it did not exist before, was crystallizing before its own eyes, it had to calculate the risk that, as [Judge Owada](#) hypothesized (para. 8), the RMI filed a fresh application immediately thereafter. Now, as [Judge Gaja](#) made clear, judicial economy is not about achieving brevity at all costs; when exercising it, the Court should take into account the need to address all the objections that are likely to be raised again by the applicant in new proceedings involving the same parties. Running the risk of such a waste of time and energy is hardly compatible with – even contradicts – the principle of judicial economy.

A second critique concerns the Court's emphasis on bilateralism, which may have broader consequences, at least as understood by some of the judges. [Judge Xue](#), in particular, welcomed what she perceived as a celebration of «mutuality and reciprocity» in international dispute settlement (para. 8). In her view, claims such as the one filed by the RMI have to be rejected as they resemble *actio popularis*, hence not in line with the alleged general philosophy of inter-State litigation. It cannot be excluded, then, that the position of the ICJ will usher in a conservative attitude towards the limits of dispute settlement through judicial means. This was criticized by [Judge Cançado Trindade](#), according to whom the judgment unduly thwarted access to justice in a case which is of concern to humanity as a whole (para. 32).

A third critique concerns the conceptual link between absence of dispute and lack of jurisdiction. On that point, [Judge Tomka](#) convincingly opined that the existence of a dispute is better characterized as a condition upon the *exercise* of jurisdiction, rather than as an independent jurisdictional requirement. This conception would pave the way to a more relaxed approach towards the existence of a dispute as a prerequisite, which was actually the approach adopted by the Court itself until very recently. Now, however, the Court appears more inclined to understand the existence-of-dispute requirement as more fundamental, along the lines of [President Abraham](#)'s declaration, where he stated that on the existence of a dispute depends the very *existence* of the jurisdiction of the Court, not only its exercise.

Last but not least, the decision is made even more striking by the position taken by President Abraham himself. As is known, he expressed a strong dissent against the recent developments in the Court's case law regarding the concept of dispute ([Belgium v. Senegal](#) and [Georgia v. Russia](#) cases). But he changed his mind in the *Marshall Islands* cases. And in the case involving the United Kingdom the decision was adopted by his casting vote. Even more interesting is the way in which he tried and justified his about-turn, as he felt compelled to do: «even if a judge has expressed reservations, or indeed his disagreement, at the time the Court established its jurisprudence, once the Court has done so, he must consider himself to be bound by it thereafter (not legally, of course, but morally), just as much as if he had agreed with it». Reasoning this way, Judge Abraham raises questions on the theory of precedent, but also about the legal value of dissenting opinions in a period when those issues are strongly debated in contexts such as the one of investment arbitration: what value may be ascribed to dissenting opinions if judges wishing to dissent have to abide by a moral duty to conform? It may therefore be interesting to compare President Abraham's stance with that taken by Brigitte Stern with respect to the use of precedent in investor-State proceedings. In the [Burlington award](#), expressing herself against a majority which stressed

the need to follow a well-established jurisprudential trend, she stated that she considered «her duty to decide each case on its own merits, independently of any apparent jurisprudential trend» (para. 100). The underlying idea is that a precedent can be a bad precedent, and one not to be followed for the sake of making the law evolve. The idea of a moral duty to blindly follow the case law is indeed perplexing. Even in the case in hand, the dissenting opinions are there to show how enriching diversity of opinion can be.

24 novembre 2016

13

Diritto internazionale privato

LIVIO SCAFFIDI Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle
RUNCHELLA unioni civili tra persone dello stesso sesso,
nella prospettiva internazionalprivatistica

Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalprivatistica

LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA (*)

1. La legge recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, approvata l'11 maggio 2016 (proposta di legge [C. 3634](#)), attribuisce alle coppie formate da persone dello stesso sesso i c.d. *love rights*, vale a dire il diritto al riconoscimento giuridico delle proprie relazioni affettive. Per le coppie omosessuali la possibilità di disporre di uno schema legale rappresenta un fondamentale miglioramento della propria condizione sia sotto il profilo della tutela giuridica, perché si superano tutte le carenze e le difficoltà date dalla mera supplenza giurisprudenziale, sia sotto il profilo dell'accettazione sociale, in ragione del valore anche simbolico che si attribuisce al riconoscimento giuridico.

Come emerge sin dal titolo della legge, lo strumento in commento mira a introdurre all'interno del nostro ordinamento due istituti ben distinti: le unioni civili e le convivenze di fatto. Il primo è destinato alle coppie *same-sex*, mentre il secondo è aperto sia alle coppie omosessuali sia alle coppie eterosessuali.

L'*iter* di approvazione della legge è stato lungo e travagliato e si è concluso con il voto di fiducia, prima al Senato della Repubblica poi alla Camera dei Deputati, sull'emendamento proposto dal governo che ha integralmente sostituito la proposta originaria c.d. Cirinnà ([ddl S.14](#), assorbito dal [ddl S.2081](#)). A seguito di tale modifica, è peraltro venuta meno la suddivisione in titoli ed articoli, ciascuno con la propria rubrica, presenti nell'iniziale disegno di legge, per cui il testo adottato consiste in un unico articolo, suddiviso in ben 69 commi di difficile lettura, soprattutto per l'incoerente uso della tecnica redazionale del rinvio.

(*) Università di Messina.

Il presente contributo, dopo alcune considerazioni preliminari, si propone di offrire qualche spunto di riflessione sulle questioni di profili di diritto internazionale privato sollevate dalla legge con riguardo al primo dei due istituti previsti, ovvero le unioni civili, disciplinate nei commi 2°-35°.

Il principale merito della legge è di colmare il vuoto di tutela giuridica oggi esistente, ponendo in tal modo rimedio all'asincronia fra la rilevanza sociale delle unioni omosessuali e la prolungata inerzia del legislatore che ha, sino a oggi, precluso alle coppie gay e lesbiche la possibilità di vivere le loro relazioni affettive senza dover subire ostacoli di sorta.

In proposito, sembra opportuno ricordare che il legislatore italiano è stato in più occasioni sollecitato a introdurre una disciplina giuridica di portata generale per regolare le relazioni fra persone dello stesso sesso.

In particolare, nel 2010, la Corte Costituzionale, con la [sentenza](#) n. 138, evidenziava come alle persone di orientamento omosessuale spettasse «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

La Consulta ritornava nuovamente sulla questione nel 2014, con la [sentenza](#) n. 170 sul c.d. divorzio imposto in caso di rettificazione legale del sesso di uno dei coniugi. In tale occasione i giudici, ancora più esplicitamente, rilevavano come la condizione di una coppia, non più eterosessuale, fosse meritevole di tutela «in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio» e come fosse compito del legislatore introdurre «con la massima sollecitudine» una forma giuridica che consentisse «ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza».

L'obbligo di introdurre all'interno del nostro ordinamento un istituto generale di regolamentazione delle unioni fra persone dello stesso sesso ha poi assunto anche una valenza internazionale con la sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2015 nel caso [Oliari e altri c. Italia](#) (ric. nn. 18766/11 e 36030/11). Secondo i giudici di Strasburgo, l'Italia ha violato l'art. 8 della Convenzione EDU e, in particolare, gli «obblighi positivi» che sono desumibili da tale norma, che consistono nella necessità di prevedere almeno una forma di riconoscimento giuridico delle relazioni stabili tra persone dello stesso sesso (in commento si veda il [post](#) di Matteo Winkler).

2. La legge – soprattutto in ragione dei cambiamenti apportati alla proposta originaria – muove da due esigenze contrapposte: per un verso, quella di accordare alle coppie omosessuali uno schema giuridico assimilabile al matrimonio; per l'altro, quella di evitare che la

nuova regolamentazione giuridica possa far coincidere, sul piano degli effetti giuridici, l'unione civile e il matrimonio tradizionale.

La preoccupazione di differenziare l'istituto dell'unione civile da quello del matrimonio emerge sin dal comma 1° del testo in commento, laddove si afferma che viene istituita l'unione civile tra persone dello stesso sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione».

L'individuazione dell'art. 2 Cost. quale fondamento dell'unione civile sembra indicare che il legislatore abbia voluto accodarsi alla tesi per la quale non sarebbe possibile estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, senza una modifica dell'art. 29 Cost. Secondo tale impostazione, anche il conferimento del medesimo trattamento giuridico alle coppie *same-sex* e coniugate, nel quadro di istituti giuridici diversi (matrimonio e unioni civili), sarebbe illegittimo giacché intaccherebbe il *favor* nei confronti del matrimonio e della famiglia tradizionale, desumibile dall'art. 29 Cost.

Tale tesi si fonda su alcuni argomenti sviluppati dai giudici costituzionali nelle sentenze n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014. In particolare, nella seconda delle due decisioni, la Corte, dopo aver sottolineato l'impossibilità di intervenire con una pronuncia manipolativa che sostituisse il divorzio automatico con il divorzio a domanda, in quanto ciò sarebbe equivalso «a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.», esortava il legislatore a introdurre una “forma alternativa al matrimonio” per le coppie che, a seguito della sentenza di cambiamento del sesso, non possono più dirsi coppie di sesso opposto.

Se la questione della possibilità o meno di superare, tramite legge ordinaria, il “paradigma eterosessuale del matrimonio” rimane tutt'oggi assai controversa, dalla legge risulta invece chiaro come il nostro legislatore intenda optare per un *separate but equal regime*, ovvero un sistema in cui il riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali viene affidato all'introduzione di una forma giuridica *ad hoc*, alternativa al matrimonio (A. Koppelman, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *New York University Law Review*, 1994, 197 ss.; Y. Merin, *Equality for Same-Sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago-London, 2002, p. 278 ss.).

Ciò non implica che il trattamento riservato ai membri dell'unione civile debba essere in tutti i casi disomogeneo rispetto a quello previsto per i coniugi; al contrario, considerato che la *ratio* del nuovo istituto è di offrire alle coppie *same-sex* una disciplina giuridica quale rimedio all'impossibilità di sposarsi, emerge l'esigenza di accordare diritti assimilabili a quelli che derivano dal matrimonio, che in questo senso rimane indubbiamente il modello di vita familiare di riferimento.

L'esigenza di equiparazione è esemplificata dalla clausola generale contenuta al comma 20° della legge che introduce una sorta di regime "a doppio binario": per la disciplina del codice civile vale il principio per cui trovano applicazione soltanto le norme espressamente richiamate; per quanto riguarda le leggi speciali vale il principio opposto, nel senso che le disposizioni che si riferiscono al matrimonio, con l'esclusione della legge sull'adozione, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile.

Sulla base di tale ultima previsione vengono estesi alle parti delle unioni civili diritti e benefici di varia natura attualmente riconosciuti alle coppie coniugate (previdenziali, fiscali, assistenziali, nonché attinenti la materia sanitaria, giuslavoristica e dell'immigrazione). Come è stato osservato dalla dottrina (A. Schillaci, *Un buco nel cuore. L'adozione coparentale dopo il voto del Senato*, in www.articolo29.it), si tratta di una disposizione che impone ai giudici e alla pubblica amministrazione di interpretare in termini non discriminatori il contenuto delle diverse leggi che possono interessare le coppie *same-sex*.

Con riguardo all'istituto dell'adozione, l'esclusione sancita dal comma 20° fa salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». Tale clausola dovrebbe consentire alle coppie omosessuali di ricorrere all'adozione in casi particolari in favore del *partner* del genitore biologico, sulla base dell'art. 44, lett. *d*) della legge n. 184/1983 sulle adozioni, quando questo corrisponda al preminente interesse del bambino. Tale possibilità si fonda sull'orientamento giurisprudenziale che si è affermato negli ultimi due anni, secondo il quale la nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo", condizione per l'adozione prevista nella disposizione menzionata, deve essere intesa non solo nel senso di impossibilità "di fatto", ma anche come impossibilità "di diritto" (fra le pronunce più recenti si vedano [Tribunale dei minori di Roma, sent. 30 dicembre 2015](#); [Corte d'Appello di Roma, sent. 23 dicembre 2015](#)).

Relativamente alle disposizioni codicistiche, le differenze sostanziali rispetto al modello coniugale, fra le quali si annovera l'esclusione dell'obbligo di fedeltà, sembrano essere state dettate dalla volontà di distanziare le unioni civili dal matrimonio e di ridimensionare, sotto il profilo simbolico, il nuovo istituto.

3. Riguardo ai profili di diritto internazionale privato, la legge non introduce delle specifiche disposizioni, ma si limita a delegare il governo affinché provveda, entro il termine di sei mesi e per il tramite di un decreto legislativo, a modificare e riordinare le norme di diritto internazionale privato in materia, in osservanza del principio secondo il quale ai matrimoni, alle unioni civili e alle altre forme analoghe di unione fra persone dello stesso sesso concluse all'estero si applica la disciplina italiana sulle unioni civili (comma 28°, lett. *b*)). Entro due

anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, il governo avrà poi la possibilità di adottare disposizioni integrative e correttive, ma pur sempre nel rispetto del principio in precedenza indicato (comma 31°).

Già a una prima lettura, risulta immediatamente evidente che il principio contenuto nella legge prende in considerazione soltanto uno dei profili che rilevano sul piano del diritto internazionale privato, ovvero la questione del “riconoscimento” delle unioni (matrimoni e unioni civili) *same-sex* concluse all'estero, tralasciando invece sia la questione della “creazione” o, in altri termini, delle condizioni di accesso allo *status* giuridico, sia la questione dell'individuazione della legge applicabile alle conseguenze giuridiche (diritti e doveri dei membri della coppia) delle unioni formate in Italia che presentino elementi di estraneità (si veda lo studio contenuto in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2016, n. 1, in particolare i contributi di O. Lopes Pegna, *Effetti in Italia del matrimonio fra persone dello stesso sesso celebrato all'estero: solo una questione di ri-qualificazione?* e M. Perini, *Matrimoni omoaffettivi: una chiara politica giudiziaria del Consiglio di Stato di netta chiusura*).

La questione dell'accesso allo *status* può essere esemplificata dai seguenti quesiti: è consentito a una coppia *same-sex*, formata da un cittadino olandese e uno belga, di contrarre matrimonio nel nostro paese? È permesso a una coppia *same-sex*, formata da due cittadini rumeni, di concludere in Italia un'unione civile?

La possibilità di celebrare in Italia un matrimonio fra persone dello stesso è legata alla risoluzione del problema della qualificazione della fattispecie. Occorre in sostanza identificare la norma di conflitto appropriata, cioè quella nel cui campo di azione rientra la fattispecie che viene presa in considerazione.

Nel caso in cui il matrimonio *same-sex* venisse trattato alla stregua del matrimonio tradizionale in ordine all'applicazione delle norme di conflitto, tale qualificazione comporterebbe l'applicazione degli artt. 27 e 28 della legge n. 218/1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale che disciplinano rispettivamente le condizioni di validità sostanziali e formali del matrimonio (per una riflessione sul rilievo di tali disposizioni con attenzione al riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, si veda il [post](#) di G. Biagioni ed E. di Napoli).

L'eventualità che le autorità italiane possano sussumere il matrimonio *same-sex* (e *a fortiori* l'unione civile) entro la categoria matrimoniale appare, tuttavia, assai improbabile. In primo luogo, osta a tale qualificazione la citata giurisprudenza della Corte Costituzionale che, seppure non si sia mai occupata di casi che interessavano persone straniere, ha sostenuto come la diversità di sesso fra i nubendi rappresenti ancora, nel quadro del nostro ordinamento, un requisito sostanziale del matrimonio. In secondo luogo, atteso che il comma 28°, lett.

b)) della legge prevede che i matrimoni *same-sex* conclusi all'estero debbano essere riconosciuti come unioni civili italiane, sembra doversi escludere che, allo stato, venga fatta una diversa valutazione in sede di costituzione dello *status* giuridico. Di conseguenza non sarà consentito a una coppia *same-sex* formata da un cittadino olandese e un belga di convolare a nozze in Italia, risultando irrilevante che entrambi gli ordinamenti di origine abbiano aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

A diverse conclusioni occorre giungere con riferimento al diverso istituto delle unioni civili. In mancanza di una norma che delimiti sul piano personale l'ambito di applicazione della legge sulle unioni civili, la possibilità di accedere a tale *status* pare doversi riconoscere a tutti gli stranieri, a prescindere dalla loro cittadinanza, dalla residenza e dalla regolarità o meno del soggiorno nel nostro paese. Riguardo a tale ultimo aspetto, a parere di chi scrive, dovrebbe, infatti, estendersi l'orientamento della Corte costituzionale ([sentenza n. 245/2011](#)), secondo cui è illegittima la disposizione che impone allo straniero che intende contrarre matrimonio nel nostro paese di dimostrare documentalmente la regolarità del proprio soggiorno. Le unioni civili, analogamente al matrimonio, hanno un fondamento costituzionale, pertanto il controllo sulla regolarità del soggiorno costituirebbe una restrizione della libertà individuale dello straniero e del cittadino italiano che intendano concludere un'unione civile.

In base al rinvio operato dal comma 19° della legge, trova applicazione il comma 1° dell'art. 116 c.c. che impone allo straniero che volesse contrarre matrimonio in Italia l'obbligo di produrre il nulla osta. Tale previsione verosimilmente costituirà un notevole disagio per le coppie *same-sex* in cui almeno uno dei due membri provenga da un paese le cui autorità rifiutino di rilasciare il nulla osta, sul presupposto che l'ordinamento non riconosce tali relazioni affettive o addirittura persegue le persone di orientamento sessuale omosessuale. In tale ipotesi, infatti, per rimediare alla mancanza del nulla osta, lo straniero sarà costretto a rivolgersi alle autorità giurisdizionali italiane, con un aggravio di costi e di tempo.

La mancata individuazione di criteri per delimitare l'accesso allo *status* di "parte dell'unione civile" non trova riscontro nelle legislazioni degli altri Stati che hanno riconosciuto le unioni *same-sex*.

Generalmente gli Stati che hanno introdotto all'interno del proprio ordinamento l'istituto delle unioni civili (o forme giuridiche equivalenti quali *registered/civil/domestic partnership*, *partenariat enregistré*, *partnerschaft*) hanno imposto l'esistenza di un legame minimo tra i membri della coppia e lo Stato di costituzione dello *status*.

Questa connessione generalmente è stata ricercata ricorrendo a criteri di collegamento di tipo domiciliare, ovvero la residenza o il domicilio, posti in alternativa alla nazionalità dei membri della coppia. Soltanto un numero molto ridotto di Stati (Slovenia e Repubblica Ce-

ca) ha invece limitato l'accesso alla procedura di registrazione dell'unione attraverso l'utilizzo del solo criterio della nazionalità.

L'esigenza di imporre una connessione significativa fra i membri della coppia *same-sex* e lo Stato di registrazione è da ricondursi alla preoccupazione dei c.d. "Stati pionieri", ovvero gli Stati che per primi hanno introdotto le *partnership* registrate, di dissuadere gli stranieri, provenienti da paesi che non conoscevano l'istituto, a concludere tali unioni entro i propri confini, nell'ottica di prevenire le difficoltà relative al loro riconoscimento internazionale. Per tale motivo, con il diffondersi di tali istituti, molte delle leggi in materia sono state modificate, nella direzione del graduale affievolimento dell'intensità del legame richiesto per poter accedere allo *status* di *partner*. Non è stato più richiesto che ciascun membro della coppia presentasse un legame con l'ordinamento valutato come il più stretto, ma, meno rigorosamente, ci si è limitati ad accertare che la coppia nel suo complesso mostrasse un legame sufficientemente significativo con l'ordinamento.

In mancanza di una norma che delimiti sul piano personale l'ambito di applicazione della legge sulle unioni civili, gli stranieri potranno, quindi, accedere allo *status* di "parte dell'unione civile" molto più agevolmente rispetto a quanto avrebbero potuto in applicazione delle norme di conflitto previste per il matrimonio. L'applicazione della legge nazionale dei membri della coppia – previsto per il matrimonio tradizionale – porterebbe, infatti, a negare l'accesso allo *status* a un numero considerevole di coppie, determinando una discriminazione all'interno della nostra comunità sociale di portata non trascurabile. Nel caso della coppia rumena, sopra evocato, le autorità italiane dovrebbero negare l'accesso allo *status* di "parte dell'unione civile", giacché i membri della coppia sarebbero considerati privi della capacità a concludere l'unione, non disciplinando l'ordinamento richiamato le relazioni fra persone dello stesso. Tale rilievo appare tutt'altro che irrilevante, considerato che, sebbene il numero di ordinamenti che disciplinano le unioni civili sia costantemente cresciuto, esiste ancora un cospicuo numero di Stati che non riconosce tali forme di vita familiare.

Dietro la scelta del nostro legislatore di non specificare criteri per delimitare l'accesso allo *status* di "parte dell'unione civile" potrebbe quindi leggersi la volontà politica di favorire la diffusione delle unioni *same-sex* a scapito del rischio di generare relazioni claudicanti, ovvero situazioni giuridiche che producono effetto nell'ordinamento nel quale sono state create, ma non nell'ordinamento (o negli ordinamenti) nel quale detta situazione è destinata a svolgersi.

La mancata introduzione di elementi che consentano di verificare l'esistenza di un legame sufficiente fra la coppia e il nostro ordinamento potrebbe, tuttavia, portare l'Italia a diventare una sorta di "paradiso" per le unioni civili, ovvero renderla la meta di tutte le coppie

che, vivendo in paesi privi di una disciplina sulle unioni *same-sex*, decidano di aggirare il problema spostandosi temporaneamente in un ordinamento che consente loro di acquisire lo *status*, per poi fare ritorno subito dopo nel paese di origine, confidando di ottenerne il riconoscimento.

Il fatto che la legge non contempli poi alcuna norma di conflitto di tipo bilaterale e non indichi al governo alcun principio e criterio direttivo con riguardo alle conseguenze che derivano dalla conclusione dell'unione porta inoltre a ritenere che non sia ammissibile che una coppia *same-sex* che risieda nel nostro paese possa concludere un diverso "modello" di unione, in applicazione di una legge straniera, ad esempio, quella di comune cittadinanza o di residenza abituale della coppia.

4. Come evidenziato in precedenza, il solo principio di cui il governo dovrà tenere conto per disciplinare i profili internazionalprivatistici delle unioni civili attiene alla questione del riconoscimento, che consiste nel determinare se, a quali condizioni e in che misura, accordare o rifiutare il riconoscimento alle unioni *same-sex* costituite all'estero.

Il principio di cui all'art. 28, lett. *b*), della legge, si limita a stabilire che alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo verrà applicata la disciplina dell'unione civile italiana. In sostanza il riconoscimento avviene, in una forma del tutto peculiare, attraverso l'adattamento dell'unione straniera nel modello interno (c.d. *adapted o downgrade recognition*, per cui si veda ancora il [post](#) di G. Biagioni e E. di Napoli).

Tale "adattamento" incide tanto sul matrimonio *same-sex* quanto sulle *partnership* registrate concluse all'estero. Mentre con riguardo al matrimonio *same-sex*, in linea di massima, il principio funziona in una sola direzione, cioè nel ridurre la portata degli effetti del modello straniero e mai nell'ampliarli, con riguardo alle *partnership* registrate la riclassificazione porta a "riscrivere" l'unione che potrà quindi produrre effetti quantitativamente maggiori o minori, rispetto a quelli prodotti nello Stato in cui è sorta. Per esempio, a seguito del processo di "conversione" dell'unione straniera in unione civile italiana, una *geregistreerd partnershap* di diritto olandese sarà "privata" dell'obbligo di fedeltà fra i membri della coppia, mentre, al contrario, un *pacs* di diritto francese verrà "dotato" della successione *ab intestato* a favore del *partner* superstite. Per descrivere il modo di operare di tale principio la dottrina ha rievocato il mitologico letto di Procuste, brigante greco che, appostato sul monte Coridallo, nell'Attica, aggrediva i viandanti e li straziava battendoli con un martello su di un'incudine a forma di letto scavata nella roccia. I malcapitati venivano stirati a forza se troppo corti, o amputati qualora sporgessero dal

letto (D. Martiny, “Private International Law Aspects of Same-Sex Couples under German Law”, in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe National, crossborder and European perspectives*, Cambridge-Antwerpen-Portland, 2012, p. 203).

Il principio introdotto dal comma 28°, lett. b), della legge non indica, peraltro, le condizioni che devono essere soddisfatte affinché tali unioni possano produrre effetti in Italia, non precisando neppure se esse debbano essere considerate valide nell’ordinamento di origine o meno.

La soluzione prevista dal legislatore italiano solleva quindi una serie di obiezioni, sia quando la questione del riconoscimento della validità dell’unione sorta all’estero si pone a titolo principale sia quando il riconoscimento riguarda i diritti derivanti dallo *status* acquisito all’estero e la questione della validità emerge come questione preliminare, cioè come passaggio obbligato nell’*iter* logico che il giudice deve seguire per decidere sulla domanda principale.

La questione del riconoscimento delle unioni *same-sex* può porsi a titolo principale in un giudizio vertente sulla sua validità o, più frequentemente, in relazione ad un’istanza, presentata agli ufficiali dello stato civile, volta ad ottenere la trascrizione dell’atto nel quale è stata formalizzata l’unione.

Riguardo a tale profilo, con l’adozione della legge in commento, si supera l’attuale orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di trascrivere un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all’estero, almeno quando si tratti di una coppia formata da cittadini italiani. Sulla questione si è espressa la Corte di cassazione che, con la nota [sentenza](#) n. 4184/2012, ha negato la trascrivibilità non a causa dell’inesistenza o dell’invalidità di tale tipo di matrimonio, bensì in ragione della sua “inidoneità” a produrre effetti nel nostro ordinamento.

Con la nuova legge sulle unioni civili, il matrimonio omosessuale straniero potrà essere evidentemente trascritto come unione civile nell’archivio dello stato civile, la cui disciplina verrà modificata con un apposito decreto legislativo per adeguarla alla presenza del nuovo istituto giuridico (commi 3 e 28, lett. a)).

Il problema della trascrizione, tuttavia, non sarà del tutto accantonato, dal momento che la “conversione” del matrimonio *same-sex* in unione civile potrà essere reputata discriminatoria dalla coppia interessata, sulla base dell’assunto secondo il quale quest’ultimo istituto rappresenta un surrogato del matrimonio tradizionale. La discriminazione potrà quindi essere invocata sia in ragione del diverso *nomen iuris* impiegato sia, più frequentemente, in ragione della riduzione degli effetti che i membri della coppia subiscono a seguito di detta “conversione”.

La questione non è del tutto nuova. Il “*downgrade*” del matrimonio *same-sex* in unione civile è già contemplato in altri ordinamenti come Svizzera (art. 45, par. 3, della legge federale sul diritto internazionale privato) e la Germania (art. 17b della legge introduttiva al codice civile EGBGB). In quest’ultimo paese la soluzione adottata è più articolata, nel senso che si prevede che gli effetti delle unioni costituite all’estero non possano essere più estesi di quelli previsti nel codice civile e nella legge sulle *partnership* registrate (*Lebenspartnerschaft*). Il modello di unione *same-sex* di diritto tedesco rappresenta pertanto il “tetto massimo” ammissibile.

La questione del “declassamento” del matrimonio *same-sex* può essere esaminata nel quadro della problematica di ordine più generale che attiene alla necessità, per le norme di diritto internazionale privato in materia di riconoscimento di *status* personali, di confrontarsi, per un verso, con i principi fondamentali contenuti nella Convenzione EDU e, per altro verso, con le libertà collegate alla cittadinanza dell’Unione europea.

Con riguardo al primo sistema, ci si può chiedere se il “declassamento” del matrimonio omosessuale celebrato all’estero costituisca una violazione dell’art. 8 della Convenzione EDU sul rispetto alla vita familiare.

Nella [sentenza *Hämäläinen v. Finlandia*](#), del 16 luglio 2014 (ricorso n. 37359/09), la Grande Camera della Corte EDU ha negato che la conversione forzata del matrimonio in una *partnership* registrata, a seguito del mutamento di identità di genere di uno dei due coniugi, determini una violazione della Convenzione, nel caso in cui i due regimi giuridici risultano sostanzialmente comparabili. Per giungere a tale decisione, i giudici di Strasburgo hanno, tuttavia, confrontato il contenuto delle discipline finlandesi sul matrimonio e sulla *partnership* registrata e valutato se il passaggio dal primo al secondo istituto avrebbe influito negativamente sui diritti dei membri la coppia, con particolare riguardo ai diritti di natura familiare e ai diritti di natura economica. Tale decisione evidenzia come nella giurisprudenza della Corte EDU la perdita del *nomen iuris* “matrimonio” non determina di per sé un’illegitima interferenza con il diritto alla vita familiare.

Con riguardo all’ordinamento dell’Unione europea, il “declassamento” del matrimonio *same-sex* potrebbe essere valutato in violazione del principio del mutuo riconoscimento degli *status* personali e familiari. Tale principio è stato ricostruito dalla dottrina a partire dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia di diritto al nome (in particolare, [Corte Giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos García Avello v. Belgio*](#) e [Corte Giust., sent. 27 aprile 2006, causa C-96/04, *Grunkin and Dorothee Regina Paul v. Germania*](#)). Il principio della continuità degli *status* personali e familiari, che si fonda sul diritto dei cittadini dell’Unione europea di non subire discriminazioni in ragione della propria nazionalità e sul diritto di circo-

lare e soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione (rispettivamente artt. 18 e 32 del TFUE), consentirebbe alle persone di oltrepassare le frontiere statali portando con sé lo *status* personale e familiare validamente acquisito nello "Stato di origine". In sostanza, nell'ipotesi in cui uno *status* venga consacrato in una sentenza o in un atto pubblico, gli interessati potrebbero avvalersi di tale titolo, non solo per provare il proprio *status* personale, ma anche per evitare che le autorità dello Stato di destinazione possano rimettere in discussione l'esistenza di tale posizione e negare il riconoscimento dei diritti collegati con lo *status* acquisito nello Stato di origine.

Guardando al diritto interno, è possibile riscontrare orientamenti distinti sulla questione.

Secondo la giurisprudenza inglese, per esempio, il rifiuto del riconoscimento del matrimonio contratto da due docenti universitari inglesi di sesso femminile durante il loro periodo di soggiorno in Canada come *visiting professors* e l'automatica conversione del matrimonio *same-sex* in *civil partnership*, era valutato legittimo – prima dell'approvazione del *Marriage (Same Sex Couples) Act*, avvenuta nel 2013 – perché l'opzione legislativa di un regime separato, in cui accanto al matrimonio tradizionale coesisteva un istituto appositamente delineato per le coppie dello stesso sesso, non determinava una discriminazione irragionevole e sproporzionata a danno di queste ultime ([High Court of Justice Family Division, *Susan Wilkinson v. Celia Kitzinger*, 31 luglio 2006, EWHC 2022 Fam](#)).

Diversamente, negli Stati Uniti, la giurisprudenza nazionale e federale ha mostrato maggiore sensibilità sul tema, valutando illegittime, in ragione della contrarietà alla *equal protection clause*, le leggi statali che riconoscevano il diritto a formare *partnership* registrate, equiparate al matrimonio sul piano degli effetti giuridici, ma che precludevano alle coppie omosessuali di accedere al matrimonio. Si è affermato, infatti, che è il nome stesso "matrimonio" a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie *same-sex* al riconoscimento di pari dignità sociale ([Corte Suprema della California, *Re Marriage Cases*, 15 maggio 2008, 43, Cal. 4th 757, 2008; Corte Suprema Federale, *United States v. Windsor*, 26 giugno 2013, 507 U.S. 2013](#)). Tale orientamento è stato ulteriormente avallato dalla Suprema Corte Federale che, nella più recente sentenza del 26 giugno 2015 ([Obergefell v. Hodges, 26 giugno 2015, 576 US](#), sui cui si veda il post di [C. Vitucci](#)), ha sostenuto che il diniego del diritto di sposarsi configura una violazione delle clausole del giusto processo e dell'eguale protezione giacché l'accesso allo *status* coniugale costituisce un diritto fondamentale insito nella libertà della persona.

La questione del riconoscimento delle unioni *same-sex* nel nostro ordinamento si porrà più frequentemente in relazione ai diritti e obblighi che conseguono alla loro costituzione.

Il principio di cui al comma 28°, lett. a), segue lo schema della “assimilazione degli effetti” che si basa sull’assunto secondo il quale l’unione *same-sex* conclusa all’estero debba produrre gli stessi effetti che si sarebbero spiegati se fosse stata conclusa nello Stato del riconoscimento. Tale impostazione si contrappone a quello della “estensione degli effetti” che affida invece alla *lex auctoris* una posizione essenziale per determinare gli effetti della situazione giuridica da riconoscere. L’unione *same-sex* conclusa all’estero produrrà nell’ordinamento del foro gli stessi effetti previsti nello Stato di origine.

Con riguardo al riconoscimento delle *partnership* registrate all’estero, l’approccio seguito dal legislatore italiano trova riscontro nel solo *Civil Partnership Act* inglese e gallese che prevede alla *Section 215* che «two people are to be treated as having formed a civil partnership as a result of having registered an overseas relationship [...]». Negli altri ordinamenti gli Stati hanno, invece, impiegato il criterio di collegamento della *lex loci registrationis* per il riconoscimento delle unioni registrate all’estero. Tale criterio di collegamento, in alcuni casi, è stato introdotto per il tramite di una specifica norma di conflitto, in altri casi tramite l’estensione delle norme previste sul matrimonio. Il criterio della *lex loci registrationis* è stato adoperato sia come condizione per il riconoscimento a titolo principale sia per individuare la legge applicabile ai “principali” effetti delle *partnership* registrate straniere. Con l’impiego del criterio della *lex loci registrationis* il foro si pone nelle condizioni di accogliere le *partnership* registrate validamente costituite nello Stato di registrazione, determinando in tal modo una sorta di “estensione dell’efficacia” dell’unione straniera nello Stato del riconoscimento.

La soluzione adottata nella legge, comportando la revisione del modello di unione *same-sex*, rischia di pregiudicare le aspettative delle parti, nella misura in cui rende applicabile la legge materiale italiana sulle unioni civili che potrebbe essere distante, in ordine agli effetti previsti, dalla legge applicata in sede di costituzione dell’unione. L’impiego dello schema della “assimilazione degli effetti” per il riconoscimento di situazioni giuridiche straniere, come evidenziato nella risoluzione dell’*Institut de droit international, La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé – Substitution and principle of equivalence in Private International Law* (in *Ann. inst. droit Int.*, vol. 72 (2007), p. 1 ss.), presuppone che vi sia equivalenza fra la situazione giuridica da riconoscere e la situazione giuridica disciplinata nell’ordinamento del riconoscimento. Tale condizione di equivalenza non sempre si riscontra in materia, atteso che sotto il *nomen iuris* “unione civile” o “*partnership* registrata” possono ricondursi diversi modelli di convivenza familiare che, soprattutto in relazione al quadro di diritti riconosciuti e agli obblighi imposti ai *partner*, appaiono molto diversi fra loro. Invero alcuni modelli rispondono a una logica antidiscriminatoria, altri invece rispondono principalmente a

una logica di diversificazione delle forme di vita familiare. L'eterogeneità dei modelli di unione *same-sex* avrebbe quindi dovuto indurre il nostro legislatore a evitare di rescindere il "cordone ombelicale" fra l'unione e lo Stato di origine e propendere per l'impiego della soluzione dell'estensione degli effetti.

Un ulteriore limite riscontrabile nella soluzione del legislatore italiano deriva dalla mancata distinzione fra i diversi effetti che scaturiscono dalla conclusione di un'unione *same-sex*. Riguardo al matrimonio, ad esempio, il diritto internazionale privato ha, ormai da qualche tempo, abbandonato l'idea secondo la quale gli effetti derivanti dalla conclusione del vincolo debbano essere governati da una singola norma. Invero sono adottate norme differenti che prevedono soluzioni specifiche per le diverse conseguenze che possono scaturire dal matrimonio: rapporti personali, rapporti patrimoniali, alimenti, separazione etc. Anche con riguardo alle unioni civili un sistema che associ una regola di portata generale con regole specifiche per questioni particolari, come divorzio e alimenti, sarebbe stato da preferire.

5. Si è detto come la legge sulle unioni civili rappresenti una disciplina imposta dall'Europa o meglio una presa di coscienza dell'impossibilità per il nostro ordinamento di rimanere "permeabile" rispetto alle vicende esterne e transfrontaliere (M. [Gattuso](#), *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula in Senato*, G. [Casaburi](#), *Il Sillabo delle Unioni Civili: giudici, etica di stato, obblighi internazionali dell'Italia*). Si è detto pure che l'obiettivo della disciplina sulle unioni civili è di permettere all'Italia di allinearsi agli altri paesi che, oramai numerosi in Europa, Americhe e Oceania, prevedono forme di tutela e riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali (G. [Casaburi](#), [Il nome della rosa \(la disciplina italiana delle unioni civili\)](#)).

Il testo della legge sulle unioni civili, osservato dalla prospettiva internazionalprivatistica, non riesce, a parere di chi scrive, a realizzare tali propositi di apertura ai valori giuridici stranieri e sovranazionali che hanno portato il nostro legislatore a intervenire in materia.

A ben vedere, le regole di diritto internazionale privato che potranno essere introdotte, in osservanza del principio di cui al comma 28°, lett. *b*), non consentiranno al nostro sistema giuridico di risolvere i problemi di coordinamento con gli ordinamenti stranieri. Il principio, prescrivendo l'applicazione della disciplina materiale italiana a fattispecie connotate di elementi di estraneità, nella sostanza funziona come una serie di norme di applicazione necessaria che nel loro insieme diventeranno il baluardo del matrimonio tradizionale e del modello interno di unione civile.

Com'è noto, la finalità delle norme di applicazione necessaria consiste nel preservare l'applicazione della *lex fori*, in quanto il diritto interno viene ritenuto cruciale per motivi di carattere politico, sociale,

economico ed etico. Le norme di applicazione necessaria, inoltre, solitamente si limitano a regolare soltanto aspetti particolari o, in qualche caso, marginali della fattispecie. Nel caso della disciplina delle unioni civili, con riguardo alla quasi totalità delle norme contenute nella legge, non pare potersi riscontrare la necessità di difendere i valori giuridici interni né risulta comprensibile il motivo per il quale l'applicazione della *lex fori* venga estesa all'intera regolamentazione del nuovo istituto.

A parere di chi scrive, il principio che la legge intende introdurre segna un passo indietro rispetto alle soluzioni internazionalprivatistiche già esistenti nell'attuale legge n. 218/1995 di diritto internazionale privato e processuale. Essa invero, in materia di riconoscimento di *status* familiari, contempla già l'art. 65 che – se interpretato in modo estensivo, ovvero in modo da ricomprendere anche atti provenienti da un'autorità non giurisdizionale – potrebbe rappresentare una valida soluzione per regolare il riconoscimento delle unioni *same-sex*. La disposizione è inquadrabile nell'ambito della seconda variante del metodo del riferimento all'ordinamento competente (P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, Id., “La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé”, in *Recueil des cours de l'Académie de droit International de La Haye*, vol. 197 (1986), 229-419). L'impiego di tale metodo – che persegue il fine di evitare il sorgere e il permanere di situazioni giuridiche c.d. claudicanti – può rivelarsi funzionale al processo di integrazione europea, nel senso che è in grado di realizzare il principio di continuità degli *status* familiari che sembra affermarsi nel nostro continente. Allo stesso tempo, il metodo in parola realizza una forma di coordinamento “selettivo”, nel senso che la sua operatività non si sostanzia nel riconoscimento sistematico di ogni situazione giuridica esistente all'estero, garantendo in tal modo “unità nella diversità”, il motto che meglio sintetizza il lungo e faticoso processo di costruzione dell'Unione europea.

16 maggio 2016

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

scritti di:

Giulia Rossolillo • Emanuela Pistoia
• Pierluigi Simone • Giuseppe Martinico •
Francesco Munari • Pietro Manzini • Alberto
Miglio • Federico Casolari • Emanuela Roman •
Flavia Zorzi Giustiniani • Marcello di Filippo •
Giondonato Caggiano • Bérénice K Schramm • Alice
Ollino • Andrea Spagnolo • Benedetta Cappiello • Marco
Inglese • Giuseppe Palmisano • Julia Richter • Simone
Vezzani • Ursula Lindsey • Luca Pasquet • Gabriella Carella
• Gabriella Citroni • Anna Micara • Claudio Dordi e
Francesco Montanaro • Peter Van Elsuwege • Stefano
Saluzzo • Salvatore d'Acunto • Filippo Croci • Lorenzo
Federico Pace • Marco Greggi • Claudia Morini •
Gabriele della Morte • Ornella Feraci • Ludovica
Poli • Marco Roscini • Diego Mauri • Mirko
Sossai • Edoardo Stoppioni • Livio Scaffidi
Runchella