

SIDIBlog^{quaderni di}

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

Volume 7 • 2020

ISSN 2465-0927

COVID-19 e tutela dei diritti umani •
COVID-19 e risposte di Stati e organizzazioni internazionali •
COVID-19 e diritto dell'Unione europea •
Diritti dei migranti • Obblighi collettivi e responsabilità internazionale •
Sfide al processo di integrazione europea •
Stato di diritto nell'Unione europea

editoriale scientifica

DIRETTORE RESPONSABILE

PASQUALE DE SENA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I, CASTELLÓN)
FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI)
EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)
GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI "L'ORIENTALE")
ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)
SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)
MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)
LORENZO GRADONI (MAX PLANCK INSTITUT LUXEMBOURG)
ALESSANDRA GIANELLI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)
PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)
IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI)
FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)
PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)
GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
PIETRO PUSTORINO (LUISS)
ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO)
LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)
CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)
ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)
ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
SALVO ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)

REDAZIONE

LORENZO ACCONCIAMESSA (UNIVERSITÀ DI PALERMO E PARIS I)
GIACOMO BIAGIONI (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GIUSEPPE BIANCO (BANCA D'ITALIA)
MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FEDERICO CASOLARI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
FRANCESCO COSTAMAGNA (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FILIPPO CROCI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ESTER DI NAPOLI (UNIVERSITÀ LUMSA)
ORNELLA FERACI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
MAURO GATTI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
NICOLE LAZZERINI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
OLIVIA LOPES PEGNA (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
DIEGO MAURI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
ALICE OLLINO (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
GIUSEPPE PASCALE (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LUCA PASQUET (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
CESARE PITEA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ALICE RICCARDI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
PIERFRANCESCO ROSSI (LUISS)
ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
ENZA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
SUSANNA VILLANI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
DANIELA VITIELLO (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA)

REFEREES

DANIELE AMOROSO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI); ALESSANDRA ANNONI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); GIULIO BARTOLINI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); BEATRICE BONAFÈ (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); LEONARDO BORLINI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ALESSANDRO BUFALINI (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA); ANDREA CALIGIURI (UNIVERSITÀ DI MACERATA); ANDREA CARCANO (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA); EMANUELE CIMIOTTA (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); ADELE DEL GUERCIO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); CLAUDIO DORDI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ZENO CRESPI REGHIZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO); SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI, VENEZIA); FRANCESCA DE VITTOR (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); GABRIELE DELLA MORTE (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); SAVERIO DI BENEDETTO (UNIVERSITÀ DEL SALENTO); ADRIANA DI STEFANO (UNIVERSITÀ DI CATANIA); CHIARA FAVILLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MICAELA FRULLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARIA GIULIA GIUFFRÈ (UNIVERSITÀ DI EDGE HILL, REGNO UNITO); VALENTINA GRADO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); ANNA LIGUORI (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); MARCO LONGOBARDO (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO); LAURA MAGI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARINA MANCINI (UNIVERSITÀ MEDITERRANEA DI REGGIO CALABRIA); LORIS MAROTTI (UNIVERSITÀ DI MILANO); MARIA ROSARIA

MAURO (UNIVERSITÀ DEL MOLISE); LORENZA MOLA (UNIVERSITÀ DI TORINO); STEFANO MONTALDO (UNIVERSITÀ DI TORINO); EGERIA NALIN (UNIVERSITÀ DI BARI, “ALDO MORO”); NICOLA NAPOLETANO (“UNITELMA” SAPIENZA, ROMA); RAFFAELLA NIGRO (UNIVERSITÀ DELLA MAGNA GRECIA, CATANZARO); MICHELE NINO (UNIVERSITÀ DI SALERNO); CRISEIDE NOVI (UNIVERSITÀ DI FOGGIA); ALBERTO ODDENINO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA IRENE PAPA (UNIVERSITÀ DI ROMA, “LA SAPIENZA”); FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); MARCO PERTILE (UNIVERSITÀ DI TRENTO); PASQUALE PIRRONE (UNIVERSITÀ DI CATANIA); LUDOVICA POLI (UNIVERSITÀ DI TORINO); CONCETTA MARIA PONTECORVO (UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”); GIUSEPPE PUMA (UNIVERSITÀ “LUMSA”, PALERMO); CHIARA RAGNI (UNIVERSITÀ DI MILANO); FRANCESCA ROMANIN JACUR (UNIVERSITÀ DI BRESCIA); DEBORAH RUSSO (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); ANDREA SACCUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); LAURA SALVADEGO (UNIVERSITÀ DI MACERATA); EMANUELE GIUSEPPE SOMMARIO (SCUOLA SUPERIORE S. ANNA, PISA); MIRKO SOSSAI (UNIVERSITÀ DI ROMA 3); LORENZO SCHIANO DI PEPE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); ALFREDO TERRASI (UNIVERSITÀ DI PALERMO); ENZA MARIA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO); PAOLO VENTURI (UNIVERSITÀ DI SIENA); FEDERICA VIOLI (UNIVERSITÀ DI ROTTERDAM); ANNA VITERBO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA CHIARA VITUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); ENRICO ZAMUNER (UNIVERSITÀ DI PADOVA); FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI (UNIVERSITÀ TELEMATICA INTERNAZIONALE UNINETTUNO).

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2020

LORENZO ACCONCIAMESSA
GIACOMO BIAGIONI
GIUSEPPE BIANCO
MARTINA BUSCEMI
FEDERICO CASOLARI
FRANCESCO COSTAMAGNA
FILIPPO CROCI
MAURO GATTI
NICOLE LAZZERINI
ALICE OLLINO
GIUSEPPE PASCALE
ALICE RICCARDI
SUSANNA VILLANI
DANIELA VITIELLO

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2020

LORENZO ACCONCIAMESSA
MARTINA BUSCEMI
SUSANNA VILLANI
DANIELA VITIELLO

QUADERNI DI SIDIBLOG

<i>Prefazione</i>	vii
<i>Introduzione</i>	ix
SEZIONE I	
La tutela internazionale dei diritti umani alla prova della pandemia da COVID-19	1
DIVARIO DIGITALE E DEROGHE AL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DURANTE L'EMERGENZA SANITARIA Sara De Vido	3
I DATI IN ALTO MARE: COVID-19, DEROGHE ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ED ESIGENZE DI SORVEGLIANZA DI MASSA Gabriele Della Morte	15
L'EMERGENZA COVID-19 E L'ATTUAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELLE IMPRESE DI RISPETTARE I DIRITTI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE Marco Fasciglione	25
CARCERI AL TEMPO DEL CORONAVIRUS: LE SOLLECITAZIONI DEGLI ORGANISMI INTERNAZIONALI Patrizio Gonnella	45
LE <i>APP</i> DI TRACCIAMENTO ALLA LUCE DEL DIRITTO DELL'OMC: ALCUNE CONSIDERAZIONI SU <i>IMMUNI</i> Gianpaolo Maria Ruotolo	55
RESTRIZIONI ORDINARIE E STRAORDINARIE AI DIRITTI UMANI ADOTTATE PER FAR FRONTE AL COVID-19 E LA LORO LEGITTIMITÀ ALLA LUCE DEI PARAMETRI DELLA CEDU Emanuele Sommario	69
COVID-19 E DISEGUAGLIANZE DI GENERE: L'IMPATTO DELLA PANDEMIA SULLE DONNE Fulvia Staiano	79

« <i>NOUS SOMMES EN GUERRE</i> »: IL CONTRASTO ALLA DIFFUSIONE DEL COVID-19 NEL QUADRO DEL PATTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI CIVILI E POLITICI Francesca Tammone	89
SEZIONE II La risposta degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla pandemia	103
L'EFFETTIVITÀ DELLE RISPOSTE NORMATIVE DELL'OMS ALLA DIFFUSIONE DEL COVID-19 DURANTE LA PRIMA ONDATA DEL CONTAGIO Pia Acconci	105
RISPOSTA ALLA PANDEMIA E POLITICA COMMERCIALE: RIFLESSIONI A MARGINE DEL DIRITTO DELL'OMC Giovanna Adinolfi	119
OBBLIGHI DI NOTIFICA E <i>DUE DILIGENCE</i> IN MATERIA SANITARIA: IPOTESI DI RESPONSABILITÀ PER ILLECITO INTERNAZIONALE NELLE PRIME SETTIMANE DELLA PANDEMIA DI COVID-19 Giulia Baj	131
ITALIA E COVID-19: QUESTIONI SCELTE NELL'OTTICA DELL' <i>INTERNATIONAL DISASTER LAW</i> Giulio Bartolini	149
MOLTO RUMORE PER NULLA? L' <i>APP</i> ITALIANA DI <i>CONTACT TRACING</i> TRA PROFILI DI LEGITTIMITÀ GIURIDICA E CAUSE DI INEFFICIENZA Enza Cirone	171
COVID-19, STATO DI DIRITTO E CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI: IL CASO UNGHERESE Pasquale De Sena	191

SEZIONE III

La crisi sanitaria nel diritto dell'Unione europea: sviluppi e opportunità 203

CONTRASTO ALLA DISOCCUPAZIONE E IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NELL'UNIONE EUROPEA 205

Roberto Baratta

L'APPROCCIO "PANDEMICO" ALLA POLITICA DI CONCORRENZA 211

Luca Calzolari

L'IMPATTO DEL COVID-19 SULLA MOBILITÀ TRANSFRONTALIERA DEI PAZIENTI ALLA LUCE DEI NUOVI STRUMENTI ADOTTATI DALLA COMMISSIONE 227

Marco Inglese

UN PRIMO BILANCIO SULL'OPERATO DELLA BCE NELLA GESTIONE DELLA CRISI ECONOMICA PANDEMICA 237

Luca Lionello

APPALTI DI AGGIUDICAZIONE CONGIUNTA NELL'EMERGENZA COVID-19 E SISTEMA OMC: UN ESPERIMENTO REGIONALE PER UNA RISPOSTA GLOBALE 251

Sara Pugliese

SEZIONE IV

I diritti dei migranti durante e oltre la pandemia 283

DELVING INTO EXTRATERRITORIAL JURISDICTION IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' DECISION ON HUMANITARIAN VISAS 285

Carmelo Danisi

IL CASO *TEITIOTA C. NUOVA ZELANDA*: LE NUOVE FRONTIERE DEL PRINCIPIO DEL *NON-REFOULEMENT* IN RELAZIONE AL CAMBIAMENTO CLIMATICO 301

Francesco Maletto

COVID-19 E DETENZIONE AMMINISTRATIVA DEI MIGRANTI 313

Antonio Marchesi

L'ITALIA NON È PIÙ UN <i>PLACE OF SAFETY</i> PER I MIGRANTI DURANTE LA PANDEMIA DI COVID-19: ANALISI CRITICA DI UN PROVVEDIMENTO DISCUTIBILE Francesco Munari	319
RESPINGIMENTI SOMMARI DI MIGRANTI ALLA FRONTIERA TERRESTRE DI MELILLA: LA SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI NEL CASO <i>N.D. E N.T. C. SPAGNA</i> TRA (POCHE) LUCI E (MOLTE) OMBRE Francesca Mussi	335
LA CRISI MIGRATORIA DI INIZIO 2020 AL CONFINE GRECO TURCO. BREVI CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELLE PRESE DI POSIZIONE DEGLI ATTORI COINVOLTI Andrea Spagnolo	353
SEZIONE V Tutela dei diritti umani, obblighi collettivi e responsabilità internazionale	367
CONSIDERAZIONI CRITICHE E DI PROSPETTIVA SULLE MISURE PROVVISORIE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA NEL CASO <i>GAMBIA C. MYANMAR</i> Lorenzo Acconciamezza e Francesca Sironi De Gregorio	369
<i>HATE SPEECH</i> E MESSAGGI DISCRIMINATORI: RIFLESSIONI INTERNAZIONALISTICHE SUL CASO <i>CASAPOUND C. FACEBOOK</i> Pasquale De Sena e Marina Castellaneta	391
L'EDUCAZIONE INCLUSIVA TRA MITO E REALTÀ: CONSIDERAZIONI A MARGINE ALLA SENTENZA <i>G.L. C. ITALIA</i> Maura Marchegiani	407
RICONOSCIMENTO DI GOVERNO E CONTROLLO EFFETTIVO. QUALE DESTINO PER LE RISERVE AUREE VENEZUELANE DEPOSITATE PRESSO LA <i>BANK OF ENGLAND</i> ? Luca Pasquet	419

SULLA GIUSTIZIABILITÀ DELL'OBBLIGO DI NON RICONOSCIMENTO: A MARGINE DI ALCUNI CASI DI RICONOSCIMENTO CONCERNENTI ISRAELE Agnese Vitale	431
SEZIONE VI	
La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 e il futuro dell'integrazione europea	449
LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA DEL 5 MAGGIO 2020: CONSEGUENZE GIURIDICHE E (SOPRATTUTTO) POLITICHE Susanna Cafaro	451
IL GOVERNO TECNOCRATICO DELLA MONETA E I CROCEVIA DEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA. RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA SENTENZA <i>WEISS</i> Pasquale De Sena e Salvatore D'Acunto	463
LA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA E IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA: IDENTITÀ COSTITUZIONALE, TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E CONTROLIMITI STRUTTURALI Giulia Rossolillo	477
SEZIONE VII	
Stato di diritto, equilibrio istituzionale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea	499
LA DISCIPLINA DELL'INVIOLABILITÀ DEI MEMBRI DEL PARLAMENTO EUROPEO ALLA LUCE DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA Riccardo Centenari	501
LA LEGGE UNGHERESE SULLA TRASPARENZA ASSOCIATIVA DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: LA TUTELA DELLA <i>RULE OF LAW</i> CHE C'È MA NON SI VEDE? Martina Coli	513

RALLENTAMENTI SULLA TRATTA “CIPRO-PAESI BASSI”: NOTE SUL POSSIBILE CONTRIBUTO DELLA SENTENZA <i>AFMB</i> PER UNA FUTURA REGOLAMENTAZIONE DELLA SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA IN EUROPA	531
Andrea Iossa	

THE IMPACT OF THE <i>SCHREMS II</i> JUDGMENT ON INTERNATIONAL DATA TRANSFERS	547
Isabella Oldani	

Prefazione

La pubblicazione dell'edizione 2020 dei "Quaderni di SIDIBlog" segna una novità degna di essere sottolineata: quella del riconoscimento, da parte dell'ANVUR, del carattere scientifico della Rivista, e della sua inclusione nel relativo elenco.

Questa circostanza ha, come effetto rilevante, la "spendibilità" degli scritti inclusi nei "Quaderni" a fini di valutazione. Si tratta, com'è ovvio, di un risultato significativo, ancorché amministrativo, il cui raggiungimento si deve allo sforzo continuo di tutta la Redazione del Blog, in particolare a quello del Comitato editoriale.

Tale risultato non poteva non implicare alcuni cambiamenti, concernenti l'organigramma della Rivista e la procedura di pubblicazione dei contributi. I "Quaderni" si sono dotati infatti di un Consiglio scientifico (nel quale sono ampiamente presenti studiosi italiani operanti all'estero) e di un comitato di *referees*, che si sono aggiunti al gruppo dei redattori. Al giudizio di questi ultimi sono sottoposti, sin dall'edizione 2020, tutti gli scritti destinati alla pubblicazione, *indipendentemente* dal fatto che essi siano già apparsi nel Blog.

È bene precisare inoltre che i "Quaderni", nella loro versione "rinnovata", non sono intesi in alcun modo a sostituire il Blog della SIDI, che resta uno spazio a sé stante (di grande successo) per interventi immediati su temi di stringente attualità, ovvero uno strumento rapido per la diffusione di riflessioni più approfondite su argomenti diversi. Essi intendono semplicemente affiancarsi al Blog, sia allo scopo di offrire agli Autori che se ne siano serviti un'occasione di pubblicazione dei loro contributi, sia al fine di permettere l'afflusso di altri studi.

È ancora il caso di aggiungere, infine, che, al pari del Blog, i "Quaderni" continueranno a restare indipendenti dalla SIDI e dal suo Consiglio direttivo, pur costituendo una delle manifestazioni più evidenti della vitalità dell'ampia e plurale comunità di studiosi che si riconoscono nella Società.

Pasquale De Sena
18 agosto 2021

Introduzione

1. L'edizione 2020 dei "Quaderni di SIDIBlog" segna un passaggio storico, sia per la Rivista che – come sottolineato in *Prefazione* – cambia "pelle", mutando veste editoriale e struttura organizzativa, sia per i contributi e le riflessioni che esso accoglie, che tratteggiano i principali snodi giuridici di un mondo che cambia.

In questa fase interstiziale, in cui tutto è rimesso in discussione dalla pandemia e dalle sue conseguenze, il decisore politico è chiamato ad articolare soluzioni innovative a nuovi problemi sociali ed etico-giuridici di portata globale. Il giurista, dal canto suo, può offrire il proprio contributo a una riflessione corale e trasversale sulle sfide del tempo presente. Sono questi lo spirito e l'approccio che permeano il Volume, con l'intento di rendere questa edizione un laboratorio sperimentale di un nuovo modello di Rivista aperta e "dialogante" e, al medesimo tempo, un "contenitore" di esperienze per il futuro sviluppo dei "Quaderni di SIDIBlog".

Il filo rosso che unisce le diverse sezioni di cui si compone il Volume è dato dal rapporto tra emergenza ed eccezione, che si riarticola e si rinnova in conseguenza di fattori esogeni, come la pandemia, il cambiamento climatico e la trasformazione tecnologica, ma anche in risposta a una crisi istituzionale profonda, che attraversa tanto gli Stati quanto le organizzazioni internazionali. Il chiaroscuro che ne emerge è quello di un diritto dell'emergenza che trasforma l'eccezione in regola, conducendo all'affievolimento di posizioni giuridiche consolidate e alla crisi dello stato di diritto. L'incidenza di tali fenomeni sulla tenuta delle moderne democrazie si materializza in scenari distopici di controllo pervasivo e diffuso, che attentano al godimento delle libertà fondamentali. Al contempo, dalla crisi dei diritti "in emergenza" emergono rivendicazioni politiche che orientano le opinioni pubbliche e le istituzioni, nazionali e internazionali, nel ripensamento dei patti fondativi e nel rilancio di processi integrativi e cooperativi.

Le prime tre sezioni del Volume adottano la prospettiva dell'emergenza sanitaria, scandagliandone l'impatto sui diritti e sulle libertà fondamentali (sez. I), nonché sulla legittimità delle scelte sovrane degli Stati

e delle soluzioni istituzionali adottate dalle organizzazioni internazionali (sez. II), con un *focus* specifico dedicato all'Unione europea (sez. III).

Da questa prima parte del Volume emerge tutta la complessità del rapporto tra emergenza sanitaria e confinamento, nonché del suo impatto sulla giustizia sociale, che si traduce (tra l'altro) in fenomeni di forte sperequazione – a livello locale e globale – nella distribuzione e nell'accesso alle cure, nonché nell'incremento del c.d. *digital divide*, con conseguenze assai deleterie, ad esempio, sul diritto all'istruzione. I contributi accolti in questa parte del Volume offrono, inoltre, un'interessante retrospettiva degli effetti della pandemia su obiettivi programmatici fondamentali delle costituzioni democratico-liberali, che si traducono in obblighi giuridici precisi nel diritto internazionale dei diritti umani, come l'eguaglianza di genere e la tutela degli individui vulnerabili.

La sez. IV approfondisce tale discorso, estendendolo a un caso di studio specifico, che riguarda l'impatto della pandemia sui diritti dei migranti e dei rifugiati. Al contempo, tale sezione ospita contributi che trascendono l'analisi della situazione contingente e investigano la condizione giuridica dello straniero migrante e il suo evolversi, che va di pari passo con la trasformazione degli strumenti di cooperazione transfrontaliera nella gestione dei flussi migratori. La sez. V ribalta la prospettiva adottata nelle sezioni precedenti e guarda alla "crisi dei diritti" dal punto di vista delle relazioni internazionali, considerando altresì l'impatto della giurisprudenza interna e internazionale in tema di obblighi collettivi e responsabilità internazionale.

Infine, le ultime due sezioni (VI e VII) riflettono sull'impatto della crisi dello stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione europea e negli ordinamenti degli Stati membri, delineando i contorni di possibili risposte al cambiamento, che non possono prescindere dalla valorizzazione dei principi di solidarietà e di equilibrio istituzionale. Nei paragrafi che seguono, dedicati alle diverse sezioni, questi snodi vengono ulteriormente precisati, al fine di offrire al Lettore una guida sicura nell'esplorazione del Volume.

2. Il Volume si apre con un'ampia analisi relativa alla compatibilità delle misure adottate per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, con il diritto internazionale dei diritti umani. La sezione "*La tutela internazionale dei diritti umani alla prova della pandemia da*

COVID-19” raccoglie contributi che affrontano la questione tanto da un punto di vista generale quanto da prospettive più specifiche.

Da un punto di vista generale, viene trattato il tema della inquadrabilità delle misure di contrasto alla diffusione del virus nell’ambito delle ordinarie clausole di limitazione dei diritti umani contenute nei trattati internazionali rilevanti ovvero della opportunità e legittimità di specifiche dichiarazioni di deroga formulate ai sensi dei medesimi trattati. Tale questione viene così esaminata sia alla luce del principale strumento universale di tutela dei diritti umani e, quindi, delle possibili deroghe formulate ai sensi dell’art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (F. Tamstone), sia con riferimento al più rilevante strumento adottato in ambito europeo e, dunque, delle deroghe ai sensi dell’art. 15 della CEDU (E. Sommaro).

Quanto alla tutela di specifici diritti, l’analisi si concentra sul rispetto del diritto internazionale nell’ambito della elaborazione, dell’implementazione e del funzionamento concreto delle *app* di *contact tracing*. Si esplorano tanto i profili di compatibilità con il diritto internazionale dei diritti umani e con la normativa dell’Unione europea in materia di tutela dei dati personali (G. Della Morte) quanto, con riferimento all’esperienza italiana dell’*app* “Immuni”, quelli di compatibilità con il diritto dell’OMC in materia di aggiudicazione di appalti pubblici (G.M. Ruotolo).

Ma le misure di contenimento del virus rilevano anche in ragione della loro capacità di incidere su, e amplificare, strutturali situazioni di diseguaglianza e vulnerabilità. Da questo punto di vista, diversi contributi presenti nella sezione in oggetto analizzano il modo in cui la pandemia da COVID-19 ha inciso sui diritti di categorie di individui di per sé vulnerabili. In primo luogo, con uno sguardo in gran parte (ma non solo) riferito ai minori, si esaminano il ruolo che la pandemia ha avuto nella compressione del diritto all’istruzione e le discriminazioni di fatto derivanti dall’impossibilità, per alcune categorie di soggetti, di accedere all’istruzione impartita da remoto (S. De Vido). In secondo luogo, oggetto di analisi è l’effetto della pandemia sui diritti dei detenuti, in ragione del sovraffollamento carcerario e della conseguente necessità di adottare misure volte a ridurre la presenza nelle carceri, e a garantire alla popolazione detenuta i contatti con l’esterno e l’accesso ai vaccini (P. Gonnella). In terzo luogo, a partire dall’analisi critica del *Policy Brief*

adottato dal Segretario generale delle Nazioni Unite in materia di impatto del COVID-19 sulle donne e sulle diseguaglianze di genere, si riflette sugli effetti differenziati della pandemia su alcune categorie di donne e sull'incidenza negativa che le misure di contrasto al virus hanno prodotto sul fenomeno della violenza di genere (F. Staiano).

Preso atto del ruolo primario degli Stati nel fronteggiare l'emergenza pandemica, la sezione si chiude con una riflessione sulle responsabilità (giuridiche e non) che, in tale contesto, gravano sul settore privato. Alla luce dei Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani, dunque, si esaminano gli obblighi delle imprese in materia di prevenzione e mitigazione dell'impatto del COVID-19 sui diritti umani dei lavoratori (M. Fasciglione).

3. L'emergenza sanitaria da COVID-19 è anche al centro dell'analisi svolta nella sezione dedicata a "*La risposta degli Stati e delle organizzazioni alla pandemia*", i cui contributi si concentrano su aspetti diversi e ulteriori rispetto alla questione della tutela dei diritti umani.

Vengono esaminate, in primo luogo, le misure adottate dalle organizzazioni internazionali, al fine di verificarne l'efficacia nel contrastare la diffusione del virus e la compatibilità con il diritto dell'organizzazione o con altri obblighi internazionali. Oggetto di analisi sono, in particolare, i poteri normativi dell'OMS e le misure in concreto adottate per far fronte alla pandemia (P. Acconci), così come le politiche commerciali dell'Unione europea, consistenti nelle restrizioni alle esportazioni e delle facilitazioni alle importazioni, alla luce del diritto dell'OMC (G. Adinolfi).

In secondo luogo, sono analizzate le misure adottate dagli Stati nel contesto dell'emergenza sanitaria, saggiandone la legittimità in base agli obblighi internazionali in materia di diritti umani, protezione dei dati, diritto del mare, diritto dei disastri e diritto dell'OMS. Le analisi proposte discutono, in chiave critica, l'ipotesi di illeciti internazionali scaturenti da diversi scenari: dalle condotte della Cina compiute nelle prime settimane della pandemia, da cui emerge, tra l'altro, la complessità delle prove a supporto della violazione degli obblighi di notifica e *due diligence* (G. Baj), alle misure d'emergenza adottate dall'Ungheria, la cui compatibilità con gli aspetti fondamentali dello stato di diritto, in particolare quelli sanciti nella CEDU, risulta dubbia e la cui natura appare discriminatoria, non necessaria e sproporzionata (P. De Sena).

Quindi vengono illustrati i limiti e le potenzialità dell'*app* italiana di *contact tracing* (E. Cirone), al fine di valutarne la legittimità in base alle fonti europee e italiane in materia di protezione dei dati e le cause della sua debole efficacia applicativa, da ricercarsi non solo in un sentimento generalizzato di sfiducia nei confronti dell'autorità pubblica, ma anche e soprattutto nella mancata interazione dell'*app* con il sistema sanitario nazionale e regionale; segue, infine, una disamina delle misure adottate (e non adottate) dall'Italia, parametrata sugli strumenti del c.d. diritto internazionale dei disastri (G. Bartolini).

4. Nel quadro del *focus* relativo alla risposta internazionale alla pandemia da COVID-19, la sezione "*La crisi sanitaria nel diritto dell'Unione europea: sviluppi e opportunità*" si occupa specificamente della compatibilità dell'azione intrapresa dall'Unione europea e dai suoi Stati membri con il diritto dell'Unione. Intendendo stimolare una riflessione sui limiti e sulle opportunità di rinnovamento derivanti da tale crisi, i contributi di questa sezione offrono una panoramica degli strumenti di solidarietà adottati a livello sovranazionale.

Partendo dalla dimensione economico-fiscale, le istituzioni dell'Unione hanno cercato di fronteggiare gli effetti economici della crisi pandemica intervenendo su molteplici fronti. In questa sezione si analizzano alcuni tra i più significativi, quali il sostegno alla spesa pubblica degli Stati membri, necessariamente adeguato al rispetto della politica di concorrenza (L. Calzolari); la costituzione di un fondo europeo permanente contro la disoccupazione (R. Baratta); e, infine, il sostegno alla stabilità dell'euro attraverso un nuovo piano di alleggerimento quantitativo, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (L. Lionello).

Allo stesso tempo, l'Unione è intervenuta direttamente tramite l'adozione di molteplici misure di carattere sanitario, alcune delle quali sono analizzate in questa sezione. Tra queste, figurano, da una parte, l'adozione di orientamenti volti a facilitare, sul piano amministrativo, il trasferimento dei pazienti da uno Stato membro all'altro (M. Inglese) e, dall'altra, l'adozione di procedure di aggiudicazione congiunta per l'acquisizione di prodotti sanitari, inclusi i vaccini (S. Pugliese). Pur analizzando strumenti per loro natura diversi e con differenti obiettivi specifici, questi interventi pongono l'accento sull'opportunità che la pandemia offre all'Unione di mostrarsi realmente prossima ai suoi cittadini e basata su un progetto solidale di nuova generazione che contempi, tra

le altre cose, la costituzione di un'Unione europea della salute come strategia di lungo periodo.

5. Andando (in parte) al di là dell'emergenza sanitaria, la sezione dedicata a "*I diritti dei migranti durante e oltre la pandemia*" si sofferma sugli sviluppi più rilevanti, tanto in senso positivo quanto negativo, relativi alla tutela dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati.

A tal riguardo, sono ampiamente esaminate, e criticate, due importanti pronunce rese nel 2020 dalla Grande Camera della Corte EDU. In primo luogo, la decisione di inammissibilità nel caso *M.N. e altri c. Belgio*, in cui la Corte ha ritenuto che la richiesta di un visto umanitario presentata presso l'ambasciata di uno Stato membro in un Paese terzo, allo scopo di entrare nel territorio di tale Stato europeo per proporre domanda d'asilo, non fosse idonea a radicarne la giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU. Il caso viene letto alla luce dell'approccio "funzionale", più flessibile e meno formalista, dei Comitati ONU istituiti ai sensi dei trattati sui diritti umani e dalla Corte interamericana dei diritti umani, in materia di esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale (C. Danisi). In secondo luogo, l'analisi della pronuncia *N.D. e N.T. c. Spagna*, in cui la Corte ha introdotto il *test* della condotta colposa del migrante che attraversi consapevolmente e in modo non autorizzato la frontiera, in presenza di mezzi legali di accesso, come circostanza idonea a escludere una violazione del divieto di espulsioni collettive. Queste decisioni inducono a ritenere che, in materia di diritti dei migranti, la Corte EDU si stia discostando dal proprio consolidato orientamento secondo cui la CEDU è volta a garantire diritti pratici ed effettivi, e non teorici ed illusori (F. Mussi).

Un quadro più ottimista emerge, invece, dall'esame delle considerazioni rese dal Comitato ONU dei diritti umani nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* in relazione all'applicabilità del principio di *non-refoulement* ai "rifugiati climatici" e, dunque, ai rischi per la vita derivanti da disastri ambientali che costituiscono conseguenza dei cambiamenti climatici. Il Comitato ha, infatti, chiarito che il diritto internazionale dei diritti umani può fornire, rispetto a tali situazioni individuate in ottica restrittiva, tutela complementare rispetto al diritto internazionale dei rifugiati (F. Maletto).

In relazione alla recente crisi migratoria al confine greco-turco, vengono poi esaminate le posizioni dei diversi attori coinvolti allo scopo di

trarne delle conclusioni in merito alla eventuale qualificabilità dello *EU-Turkey Statement* del 18 marzo 2016 come trattato internazionale e in merito ai possibili profili di responsabilità internazionale della Turchia, per aver consapevolmente permesso il transito verso i confini greci dei potenziali richiedenti asilo stanziati sul proprio territorio, e della Grecia, in ragione delle violente azioni di polizia e militari nei confronti degli individui in tal modo affluiti alle proprie frontiere (A. Spagnolo).

Per quanto concerne, poi, le misure adottate dagli Stati membri per fronteggiare l'emergenza pandemica, l'attenzione viene rivolta, anzitutto, alla problematica della detenzione amministrativa volta al rimpatrio dei migranti, mettendo in luce come nel bilanciamento tra il diritto alla libertà personale e il legittimo interesse statale ad allontanare chi non abbia titolo per restare nel territorio dello Stato, debba rientrare anche l'interesse collettivo a contenere i contagi e quello individuale, degli stessi migranti, alla tutela della propria salute e a non subire trattamenti inumani e degradanti (A. Marchesi). In secondo luogo, l'analisi si sofferma sul decreto ministeriale nel quale si dichiara che l'Italia non è un luogo sicuro per lo sbarco di migranti recuperati al di fuori dalla zona SAR italiana da navi straniere, mettendo in luce le criticità di metodo e di merito di tale atto rispetto al diritto del mare e agli obblighi internazionali ed europei in materia di ricerca e soccorso (F. Munari).

6. I contributi ospitati nella sezione dedicata alla “*Tutela dei diritti umani, obblighi collettivi e responsabilità internazionale*” si interrogano sulla liceità delle condotte statali poste in essere in contesti diversi da quello dell'emergenza sanitaria, accomunati dalla rilevanza di interessi fondamentali per l'ordinamento internazionale.

Alcune delle analisi proposte discutono, dalla prospettiva delle norme internazionali sui diritti umani, recenti sviluppi giurisprudenziali registratesi sia a livello nazionale, come nel caso dell'ordinanza cautelare adottata dal Tribunale civile di Roma nella controversia *CasaPound c. Facebook* riguardante il fenomeno dell'*hate speech* e dei messaggi discriminatori (P. De Sena, M. Castellaneta), sia a livello regionale, come nel caso *G.L. c. Italia* deciso dalla Corte EDU in tema di educazione inclusiva (M. Marchegiani), nonché a livello internazionale, come nel caso dell'ordinanza sulle misure cautelari adottata dalla CIG nella controversia *Gambia c. Myanmar*, concernente l'applicazione e l'interpretazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di

genocidio, ampiamente analizzata sotto i profili procedurali e sostanziali (L. Acconciamesa, F. Sironi De Gregorio).

Chiudono la sezione due scritti che, sebbene in un'ottica diversa, riflettono attorno al tema del (non) riconoscimento nel diritto internazionale. La questione viene declinata, da un lato, dalla prospettiva della responsabilità internazionale per inottemperanza all'obbligo di non riconoscimento di gravi violazioni di norme cogenti, e sulla relativa giustiziabilità davanti alla Corte internazionale di giustizia, a partire da alcuni casi di riconoscimento concernenti Israele (A. Vitale); dall'altro lato, dalla prospettiva del riconoscimento di governi, con particolare riferimento alla crisi venezuelana, esaminando la liceità del riconoscimento da parte del Regno Unito a favore di Guaidó, avallato da una recente decisione della *High Court of Justice of England and Wales*, alla luce del diritto internazionale pubblico, ed in particolare del principio di non intervento (L. Pasquet).

7. Il Volume si chiude con due sezioni che tornano a focalizzarsi sulla dimensione dell'UE e, in particolare, sulle sfide poste al processo di integrazione europea. I contributi inclusi nella sezione "*La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 e il futuro dell'integrazione europea*" mettono in luce una serie di aspetti cruciali derivanti dalla sentenza del 5 maggio 2020 da parte della Corte costituzionale federale tedesca.

Come noto, infatti, a conclusione del caso *Weiss* questa ha dichiarato *ultra vires* la decisione resa dalla Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale del *BVerfG* in merito all'adozione da parte della Banca centrale europea del *Public Sector Purchase Programme*. Da una parte, si offre la possibilità di riflettere ancora una volta sul dialogo tra le Corti, nonché sulla nozione di identità costituzionale, sia nel suo carattere convergente con la nozione di identità nazionale fatta propria dalla Corte di giustizia e dall'art. 4, par. 2, TUE, sia come limite strutturale al processo di integrazione europea (G. Rossolillo). Dall'altra, ci si sofferma sulle conseguenze di carattere politico-istituzionale che possono derivare per l'ordinamento dell'Unione dalla lettura data, in particolare, al principio di proporzionalità (S. Cafaro).

Oltre a determinare reazioni estremamente negative, le obiezioni di carattere strutturale mosse dalla Corte tedesca mettono in luce la condizione di "ambiguità istituzionale" che deriva dall'asimmetria tra

politica monetaria e politica economico-fiscale nel diritto primario dell'Unione, e che ancora oggi limita il processo di integrazione (P. De Sena, S. D'Acunto).

8. La sezione dedicata a “*Stato di diritto, equilibrio istituzionale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*” esamina questioni di varia natura che emergono dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia.

Viene affrontato il tema dell'inviolabilità dei membri del Parlamento europeo, che si è posto all'attenzione della Corte di giustizia nel caso C-502/2019, relativo all'allora vicepresidente del Governo autonomo della Catalogna, Oriol Junqueras Vies (R. Centenari). Inoltre, in relazione allo spinoso tema dello stato di diritto, viene in commento la pronuncia della Corte di giustizia nel ricorso per inadempimento avviato dalla Commissione europea nei confronti dell'Ungheria con riguardo alla nuova legge sulla trasparenza associativa (C-78/18), pronuncia che contribuisce, nonostante manchi l'esplicito riferimento ai valori fondanti dell'Unione, all'azione di contrasto al deterioramento della *rule of law* europea (M. Coli).

La sentenza nel caso *AFMB* contiene, poi, nuove indicazioni per l'effettiva applicazione ed esecuzione del diritto dell'Unione in materia di mobilità dei lavoratori sul territorio dell'Unione e per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale all'interno dell'Unione, con speciale riguardo all'intermediazione nella somministrazione di manodopera e del lavoro interinale (A. Iossa). Infine, la pronuncia della Corte di giustizia nel noto caso *Schrems II* permette di continuare a riflettere sulla necessità di garantire la protezione dei dati personali a livello interno e di promuovere il ruolo dell'Unione europea quale motore per lo sviluppo di norme internazionali sulla protezione dei dati accrescendo, tra le altre cose, le responsabilità degli esportatori di dati nel rispetto degli standard europei (I. Oldani).

L. Acconciamesa, M. Buscemi, S. Villani, D. Vitiello
20 agosto 2021

SEZIONE I

La tutela internazionale dei diritti umani alla prova della pandemia da COVID-19

Divario digitale e deroghe al diritto all'istruzione durante l'emergenza sanitaria

SARA DE VIDO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il diritto all'istruzione negli strumenti giuridici internazionali e regionali. – 3. Sulle deroghe al diritto di istruzione. – 4. Il problema dell'accessibilità all'istruzione. – 5. Conclusioni per il *post* pandemia.

ABSTRACT: Il diritto all'istruzione, o all'educazione nell'accezione più ampia del termine, ha subito in tutto il mondo numerose restrizioni in risposta alla pandemia da COVID-19. L'analisi di questo breve commento concerne due (dei molteplici possibili) profili legati al diritto all'educazione: il primo consiste nel definire il nocciolo duro del diritto all'istruzione che non può essere limitato neppure in situazioni di emergenza; il secondo si concentra sulle discriminazioni *de facto* nel passaggio dalle aule fisiche delle scuole alle aule virtuali in termini di capacità di accesso ad Internet e sugli obblighi in capo agli Stati di rimuoverle.

PAROLE CHIAVE: Istruzione – accesso a internet – deroghe – proporzionalità – pandemia – COVID-19.

1. Introduzione

Secondo i dati forniti dall'UNESCO, la chiusura delle scuole ha coinvolto, a inizio pandemia, nel marzo-aprile 2020, 191 Paesi al mondo, la quasi totalità, con una popolazione scolastica interessata di oltre 1 miliardo e mezzo di studenti, circa il 91.3 per cento del totale delle persone iscritte¹. A un anno di distanza, i dati del monitoraggio mondiale fornito dall'UNESCO mostrano che la chiusura totale delle scuole interessa – all'11 aprile 2021 – un minor numero di Stati (27) e coinvolge il 10.1 per cento del totale delle persone iscritte². L'organizzazione ha altresì fornito la mappa delle settimane di chiusura suddivise per Paese: l'Italia ha registrato 35 settimane di chiusura, a fronte, per proporre qualche esempio, le 27 del Regno Unito, le 15 della Spagna, le 10 della Francia, le 47 degli Stati Uniti, le 40 del Canada e le 27 della Cina. Le variazioni sono molto significative e dimostrano un diverso approccio all'emergenza che non ha mancato di suscitare critiche e riflessioni sull'opportunità di chiudere le scuole e di non sospendere o

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia, sara.devido@unive.it.

¹ UNESCO, *Education: from disruption to recovery*, www.en.unesco.org.

² *Ibidem*.

sospendere solo parzialmente, invece, altri servizi. L'UNESCO, fin dagli esordi della pandemia, aveva definito l'emergenza una «seria crisi in materia di istruzione»³ e si deve ritenere che tale crisi non solo prosegua, ma si sia acuita in particolare a cavallo tra 2020 e 2021.

Il diritto all'istruzione – o meglio all'educazione, nell'accezione più ampia del termine, intesa come acquisizione di competenze di base e sviluppo intellettuale, spirituale e relazionale, volta alla promozione di pace, dialogo interculturale, solidarietà e integrazione⁴ – è un diritto umano fondamentale, riconosciuto dai principali strumenti giuridici internazionali e regionali, oltre che, naturalmente, dalle costituzioni nazionali. Secondo Fredman, si tratta di un diritto “moltiplicatore”, in quanto la realizzazione di questo diritto è condizione per il godimento di altri diritti, quali la libertà di espressione, il diritto alla partecipazione democratica e i diritti legati all'accesso al lavoro⁵. Esso, tuttavia, non deve essere concepito meramente come diritto “strumentale”, ma va apprezzato nelle sue molteplici dimensioni: è un diritto sociale, una libertà fondamentale e un “*equality right*”⁶. Con la pandemia ancora in corso, dichiarata dall'OMS l'11 marzo 2020⁷, non solo i diritti civili e politici, ma anche i diritti economici, sociali e culturali sono inevitabilmente toccati dalle misure in risposta all'emergenza, come ha affermato Luís Leite Ramos, Presidente del Comitato dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (CoE) sugli affari sociali, la salute e lo sviluppo sostenibile⁸.

L'analisi di questo breve commento concerne due (dei molteplici possibili) profili legati al diritto all'educazione: il primo consiste nel definire il nocciolo duro del diritto all'istruzione che non può essere limitato neppure in situazioni di emergenza; il secondo si concentra sulle discriminazioni *de facto* nel passaggio dalle aule fisiche delle scuole alle aule virtuali in termini di capacità di accesso ad Internet e sugli obblighi in capo agli Stati di

³ UNESCO, *Global Education Coalition, COVID-19 Education Response*, www.en.unesco.org. Sul significato di «educational emergency» si veda: M. SINCLAIR, *Education in emergencies*, UNHCR, 2002.

⁴ S. MARCHISIO, *Diritto all'istruzione e integrazione dei rifugiati*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 268 ss.

⁵ S. FREDMAN, *Comparative human rights law*, Oxford, 2018, p. 355.

⁶ *Ibidem*. Sulla dimensione «civile e politica» del diritto all'istruzione, v. P. DE SENA, *Banca mondiale, diritto all'istruzione e Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico*, Napoli, 2008, pp. 125 e 127.

⁷ OMS, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.who.it.

⁸ Consiglio d'Europa, *Assemblea parlamentare, COVID-19: We must face the pandemic while respecting economic and social rights*, 1 aprile 2020, www.pace.coe.int.

rimuoverle. Una riflessione sull'aspetto tecnologico dell'istruzione muove invero dalla consapevolezza, accertata dalla letteratura specialistica⁹, dell'esistenza di un duplice *digital divide*, definito dalla Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico come «gap between individuals, households, businesses and geographic areas at different socio-economic levels with regard both to their opportunities to access ICT and to their use of the Internet for a wide variety of activities»¹⁰. Non si tratta “solo” di accesso fisico ad Internet – problema che persiste in molti Paesi al mondo, anche in Europa, dove si rilevano significative differenze tra gli Stati membri e negli stessi Stati membri¹¹ – ma anche del distacco socioeconomico e della capacità di beneficiare appieno della c.d. tecnologia dell'informazione della comunicazione (ICT).

2. Il diritto all'istruzione negli strumenti giuridici internazionali e regionali

Nel diritto internazionale dei diritti umani, il diritto all'istruzione è garantito dalla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, così come dal Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 che, al suo art. 13, riconosce il diritto di ogni individuo ad un'istruzione volta a garantire il pieno sviluppo della personalità umana e del senso di dignità. L'art. 13 richiede agli Stati di assicurare la piena attuazione di questo diritto attraverso, tra gli altri, un'istruzione primaria obbligatoria ed accessibile a tutti/e ed una istruzione secondaria accessibile su un piano di uguaglianza. A livello internazionale, si ricordano altresì le disposizioni rilevanti in materia di diritto all'istruzione nella Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (art. 7), nella Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (art. 10), nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (in particolare, agli art. 28 e 29), nonché nella più datata Convenzione UNESCO contro la discriminazione nel settore dell'istruzione. Il Comitato sui diritti economici sociali e culturali delle Nazioni Unite ha interpretato l'art. 13 del Patto sui diritti economici sociali e culturali in due

⁹ Si veda, ad esempio, S. FOX, *An equitable education in the digital age: providing internet access to students of poverty*, in *Journal of Education and Social Policy*, 2016, p. 12 ss.

¹⁰ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, *Understanding the digital divide*, 2001, www.oecd.org.

¹¹ Si veda al riguardo F. CRUZ-JESUS, T. OLIVIERA, F. BACAO, *Digital divide across the European Union*, in *Information & Management*, 2012, p. 278, ss.

Commenti generali, il n. 11 sull'istruzione primaria¹² e il n. 13 sul diritto all'istruzione¹³. Quest'ultimo, nello specifico, identifica il contenuto del diritto all'istruzione secondo i seguenti parametri: disponibilità (in termini di aule ed altri servizi, incluso biblioteche, aule informatiche e tecnologia dell'informazione); accessibilità intesa come accessibilità fisica – il Commento generale contempla anche l'accesso attraverso le moderne tecnologie; – economica e non discriminatoria; accettabilità dei curricula e delle tecniche di insegnamento; adattabilità, che rileva in particolare nell'emergenza pandemica in quanto contempla una flessibilità atta a rispondere alle esigenze di una società in evoluzione¹⁴. Gli Stati parte hanno l'obbligo di garantire ognuna delle caratteristiche essenziali del diritto all'istruzione¹⁵. Il divieto di discriminazione in base a sesso, genere, etnia, condizione economica e sociale, di cui all'art. 2 del Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali, si applica «fully and immediately» a tutti gli aspetti del diritto all'istruzione. Gli Stati possono adottare delle misure speciali di natura temporanea per raggiungere l'uguaglianza di fatto tra uomini e donne e per i gruppi svantaggiati.

All'istruzione, o meglio all'educazione, ha dedicato il primo Commento generale il Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza nel 2001¹⁶, che riconosce la necessità di rispondere con un approccio basato sui diritti umani ai cambiamenti fondamentali dettati dalla globalizzazione e dalle nuove tecnologie¹⁷. Interessante il riferimento che il Commento generale propone con riguardo all'applicazione dell'art. 29 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza alle situazioni di emergenza: «i valori dell'art. 29 sono [...] persino più importanti per coloro che vivono in situazioni di conflitto o emergenza [...] è importante nel caso di sistemi educativi affetti da conflitti, calamità naturali ed instabilità che i programmi educativi siano condotti in modo da promuovere la comprensione reciproca, la pace e la tolleranza, che aiutino a prevenire violenza e conflitti»¹⁸.

¹² Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, *General Comment No. 11: Plans of Action for primary education (Art. 14)*, UN Doc. E/C.12/1999/4 del 10 maggio 1999.

¹³ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite, *General Comment No. 13: The right to education (Art. 13)*, E/C.12/1999/10 dell'8 dicembre 1999.

¹⁴ Ivi, par. 6.

¹⁵ Ivi, par. 50.

¹⁶ Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza delle Nazioni Unite, *General Comment No. 1 (2001), Article 29(1), The aims of education*, CRC/GC/2001/1 del 17 aprile 2001.

¹⁷ Ivi, par. 3.

¹⁸ Ivi, par. 16.

A livello regionale, gli strumenti giuridici che si possono citare in materia di diritto all'istruzione sono numerosi: l'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali; l'art. 7 della Carta sociale europea del 1996; l'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000; l'art. 17 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981; l'art. 11 della Carta africana sui diritti e il benessere del minore del 1990; l'art. 13 del Protocollo di San Salvador addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo economico, sociale e culturale del 1988; l'art. 34 della Carta araba sui diritti umani del 1994; l'art. 31 della Dichiarazione (non vincolante) sui diritti umani dell'Associazione delle Nazioni del Sud-Est asiatico del 2012.

3. Sulle deroghe al diritto all'istruzione

Il diritto all'istruzione, come è noto, è un diritto derogabile in tempi di emergenza. Sul punto, ovvero sulla limitazione del diritto all'istruzione in tempi di emergenza, la giurisprudenza è pressoché inesistente. La Corte EDU, ad esempio, si è concentrata perlopiù sull'accesso non discriminatorio all'istruzione, sugli abusi negli ambienti scolastici¹⁹, la violenza tra studenti nelle scuole²⁰, l'esclusione dei bambini e delle bambine di una determinata etnia dalle scuole tradizionali²¹, l'uso della lingua nelle scuole²², l'insegnamento della religione.²³ In termini di deroga, l'articolo 4 del Patto sui diritti economici sociali e culturali, che non prevede un meccanismo di deroga in tempi di pericolo pubblico eccezionale, a differenza del Patto sui diritti civili e politici, è permissivo – consente che gli Stati limitino i diritti stabiliti nel Patto

¹⁹ Corte EDU, sentenza del 28 gennaio 2014, ric. n. 35810/09, *O'Keeffe c. Irlanda*.

²⁰ Corte EDU, sentenza del 10 luglio 2012, ric. n. 60444/08, *Kayak c. Turchia*, in cui la Corte europea non applica l'art. 2 protocollo 1, ma gli articoli 2 e 6, par. 1, CEDU. La violenza si era conclusa con la morte di un quindicenne, aggredito all'uscita dalla scuola.

²¹ Con riferimento alla minoranza rom, si veda, ad esempio, Corte EDU, sentenza del 13 novembre 2007, ric. n. 57325/00, *D.H. e altri c. Repubblica ceca*; sentenza del 16 marzo 2010, ric. n. 15766/03, *Oršuš e altri c. Croazia*; sentenza del 5 giugno 2008, sentenza del 5 giugno 2008, ric. n. 32526/05, *Sampanis e altri c. Grecia*; sentenza del 29 gennaio 2013, ric. n. 11146/11, *Horváth e Kiss c. Ungheria*; sentenza del 30 maggio 2012, ric. n. 7973/10, *Lavida e altri c. Grecia*.

²² Corte EDU, sentenza del 23 luglio 1968, *Caso relativo a certi aspetti di diritto sull'uso delle lingue nell'educazione in Belgio*; sentenza del 19 ottobre 2012, ric. n. 43370/04, 8252/05, 18454/06, *Catan e altri c. Repubblica di Moldova*.

²³ Corte EDU, sentenza del 29 giugno 2007, ric. n. 15472/02, *Folgero e altri c. Norvegia*; sentenza del 9 ottobre 2007, ric. n. 1448/04, *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*. Si veda altresì il diritto all'istruzione come garantito dal Comitato europeo dei diritti sociali, *Digest of the case law*, 2018, p. 173.

– e protettivo – nel senso che siffatti limiti possono essere esclusivamente stabiliti per legge, nella misura in cui siano compatibili con la natura di tali diritti e allo scopo di promuovere il benessere in una società democratica²⁴. La legge deve essere chiara e accessibile, non arbitraria, irragionevole o discriminatoria. Le misure restrittive devono rispondere ad un criterio di ragionevolezza: da un lato, perseguire il «benessere in una società democratica» (in base ai principi di Limburg, significa il benessere della «popolazione intesa nella sua totalità»²⁵) e dall'altro lato rispettare il principio di proporzionalità.

Nel contesto europeo, il Protocollo addizionale CEDU, all'art. 2, prevede un diritto all'istruzione sottoposto alle medesime disposizioni della Convenzione di cui il Protocollo è completamento, incluso dunque il diritto di deroga in caso di pericolo pubblico che «minacci la vita della nazione», previa formale notifica al Segretario generale del Consiglio d'Europa (art. 15 CEDU)²⁶. Si potrebbe sostenere che la pandemia costituisca un siffatto pericolo? In base alla definizione fornita dalla Commissione europea dei diritti umani nel caso *Greco*²⁷ e alla prassi degli Stati (inclusa la Georgia, che ha invocato l'art. 15 CEDU per sospendere il diritto di proprietà e la libertà di circolazione durante l'influenza aviaria), la risposta deve essere positiva. Si può ritenere invero che la pandemia costituisca un pericolo reale o imminente; che i suoi effetti coinvolgano l'intera nazione; che la continuazione della vita organizzata della comunità sia minacciata; che rappresenti altresì una crisi o pericolo eccezionale, per cui le normali misure o restrizioni, permesse dalla Convenzione per il mantenimento della sicurezza pubblica, della salute e dell'ordine, risultano inadeguate²⁸. Solo alcuni Stati del Consiglio d'Europa²⁹ hanno comunicato le misure adottate in risposta alla pandemia

²⁴ K. DIETER BEITER, *The Protection of the right to education by international law*, Leiden/Boston, 2005, p. 453.

²⁵ International Network for Economic, Social and Cultural Rights, *Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 1986, par. 52.

²⁶ Sull'art. 15 CEDU si vedano G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 555 ss.; W. A. SCHABAS, *The European Convention on human rights: A commentary*, Oxford, 2015, p. 587 ss.

²⁷ Commissione EDU, rapporto del 15 aprile 1970, ric. n. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, *Danimarca, Norvegia, Svezia, Paesi Bassi c. Grecia (caso "Greco")*.

²⁸ Utilizzando i parametri del caso *Greco*; ivi, par. 113. Si veda altresì E. SOMMARIO, «Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe», *SIDIBlog*, 27 marzo 2020.

²⁹ Dieci Stati hanno prima presentato e successivamente ritirato la deroga (Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Nord Macedonia, Repubblica di Moldova, Romania, San Marino,

all'organo competente. In assenza di una notifica formale, lo Stato non può invocare la deroga relativa al pericolo pubblico per esimersi da eventuali responsabilità per violazione dei diritti umani garantiti dalla CEDU, là dove le misure adottate in risposta alla pandemia vadano oltre quanto stabilito dalle clausole di limitazione³⁰. Con riferimento al diritto all'istruzione, in assenza di indicazioni nel Protocollo addizionale, la giurisprudenza della Corte EDU consente di affermare³¹ che il diritto all'istruzione possa essere soggetto ad alcune restrizioni, per le quali lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento, purché siffatte misure non vadano a minacciare l'essenza stessa del diritto, privandolo della sua efficacia. Non contemplando una lista di ragioni legittime che giustifichino la restrizione del diritto all'istruzione, l'art. 2 del Protocollo addizionale deve essere letto nel senso che tale diritto possa essere limitato solo se viene rispettata la relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi da raggiungere. L'essenza del diritto all'istruzione ricorda i “*minimum essential levels*” individuati dal Comitato sui diritti economici sociali e culturali dell'ONU, ovvero: accesso non discriminatorio; istruzione conforme agli obiettivi indicati nell'art. 13 par. 1 ICESCR; istruzione primaria garantita a tutti gratuitamente; piano strategico nazionale; libera scelta senza interferenze soggetta alla conformità con i «minimi standard educativi»³². Secondo Coomans³³, un altro elemento appartenente al

Serbia). Le notifiche di deroga sono accessibili sul sito internet del Consiglio d'Europa. Da considerare che la Repubblica di Moldova, dopo aver ritirato la deroga nel maggio 2020, ha presentato una dichiarazione il 6 aprile 2021, che conferma lo stato di emergenza: «The existing measures already in force or envisaged to be implemented during the mentioned period of state of emergency entail or may entail restrictions to fundamental human rights and freedoms inter alia by way of establishing a special regime of entry and exit from the country, a special regime of movement on the territory of the Republic of Moldova, suspending the activity of educational establishments, introducing the quarantine regime, prohibiting public meetings and gatherings and other mass events. [...] Taking into consideration the grave pandemic situation in the Republic of Moldova, the aforementioned measures are essential and critical in combating the spread of the COVID-19 and to protect the life and security of the nation».

³⁰ Sulle misure italiane si veda L. ACCONCIAMESSA, “COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU”, *Ius in itinere*, 28 marzo 2020.

³¹ Corte EDU, *Guideon Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on human rights*, aggiornata al 31 dicembre 2020, p. 8.

³² Si veda Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 13: The right to education*, UN Doc. E/C.12/1999/10 dell'8 Dicembre 1999, par. 57; F. COOMANS, *Education and work*, in D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN (eds), *International human rights law*, Oxford, 2017, p. 236 ss.

³³ Si veda F. COOMANS, *Exploring the normative content of the right to education as a human right: recent approaches*, in *Persona y Derecho*, 2004, p. 61 ss.

«core content» del diritto all'istruzione consiste nel fornire l'accesso a «special facilities for persons with an educational back-log»³⁴.

La proporzionalità di talune misure nazionali, ad un anno dalla pandemia, potrebbe tuttavia essere rivalutata: sono state considerate possibili alternative? Si sono considerati gli effetti, anche psico-sociali, della chiusura? L'accesso è *de facto* non discriminatorio? Inoltre, si è fatto ricorso a strumenti quali, ad esempio, la *Global Education Coalition*³⁵? Quest'ultima è una partnership internazionale multisetoriale, nel quadro dell'UNESCO, creata con lo scopo di fornire un supporto anche agli Stati per rispondere alla necessità urgente e senza precedenti di continuità dell'insegnamento. La quarta priorità di questo progetto consiste nel mantenere le scuole aperte e assicurare la salute e il benessere di studenti e docenti: un ambiente sicuro per l'apprendimento.

4. Il problema dell'accessibilità all'istruzione

L'accessibilità è di particolare urgenza oggi³⁶, in termini di garanzia di accesso su una base di uguaglianza e non discriminazione, nel passaggio a forme di insegnamento online e di *distance learning* e nell'acuirsi del già menzionato *digital divide*. Se è del tutto evidente, considerato l'elevato livello di contagio del virus, che la chiusura delle scuole di ogni ordine e grado abbia perseguito – quantomeno in una prima fase della pandemia – il fine di limitare la pandemia e si sia potuto ritenere proporzionale all'obiettivo perseguito³⁷, è altrettanto palese come debba essere garantito, anche durante la pandemia, l'essenza di questo diritto, ovvero un accesso all'istruzione non discriminatorio e, in linea con quanto affermato da Coomans, comprendente delle misure speciali che rispondano a specifici bisogni educativi.

Considerato il necessario passaggio dalle stanze fisiche delle scuole alle aule virtuali, è opportuno riflettere ulteriormente sul nucleo del diritto all'istruzione, come articolato pocanzi. Il principio di non discriminazione,

³⁴ L'autore menziona il caso di bambini che si trovino in aree rurali o in situazioni di conflitto, nonché i bambini di strada (ivi, p. 87).

³⁵ Si veda il rapporto UNESCO, *Supporting learning recovery one year into COVID-19. The Global education coalition in action*, marzo 2021.

³⁶ Come ben rileva D. DESIERTO, "Calibrating human rights and necessity in a global public health emergency: revive the UN OHCHR's ICESCR compliance criteria", *EJIL:Talk!*, 26 marzo 2020.

³⁷ Si vedano in tal senso anche le misure incluse in OMS, *WHO Checklist for influenza pandemic preparedness planning*, Doc. n. WHO/CDS/CSR/GIP/2005.4 del 2005, par. 4.13, che contemplano appunto la chiusura degli istituti educativi.

di applicazione immediata ai sensi del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, deve essere garantito tanto sul piano formale quanto sul piano sostanziale. Benché i provvedimenti adottati non presentino, quantomeno in Italia, profili discriminatori *de jure* (forse lo potrebbero essere nei Paesi in cui la chiusura è stata localizzata, nell'ipotesi in cui la localizzazione non risponda al criterio della diffusione del contagio quanto piuttosto a criteri basati sulle condizioni economiche o sociali o etniche dell'area oggetto della misura restrittiva), potrebbero presentare o creare discriminazioni *de facto*, acuendo le discriminazioni strutturali esistenti nella società nei confronti di chi si trova in posizione vulnerabile per condizione economica, per *status* sociale, per stato di salute, per luogo di residenza, per l'essere rifugiato o appartenente ad una minoranza, per genere. Bambini e bambine in alcune parti del mondo non solo non hanno accesso all'istruzione, ma, come conseguenza della chiusura delle scuole, neppure al cibo. Per milioni di minori al mondo, infatti, il pasto a scuola è l'unico pasto bilanciato e nutriente che possono ricevere nel corso della giornata. Questo riguarda tanto Paesi sottosviluppati o in via di sviluppo³⁸, quanto Paesi sviluppati (così anche negli Stati Uniti, dove circa 22 milioni di studenti dipendono ogni giorno da un pranzo gratuito o come risorsa chiave per la loro nutrizione di base³⁹). La chiusura delle scuole ha inoltre acuito in alcuni Paesi il “*gender gap*” in quanto le bambine a casa ritornano al loro ruolo di “cura”, con conseguente inferiore accesso all'istruzione e un incremento del rischio di violenza tra le mura domestiche⁴⁰.

Gli Stati – usando le parole del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali nel suo Commento generale n. 20 del 2009⁴¹ – possono, e in alcuni casi sono obbligati a, adottare tutte le misure speciali necessarie per attenuare e sopprimere le condizioni che perpetuano la discriminazione. Ciò significa, ad esempio, aumentare le possibilità di accesso ad Internet per poter seguire le lezioni e scaricare il materiale di approfondimento – che deve tenere conto anche di speciali esigenze degli studenti – e consentire un accesso ad agevolazioni, quali il comodato d'uso per computer e tablet. In tale

³⁸ Si veda l'azione, durante l'emergenza pandemica, del World Food Programme, *World Food Programme gears up to support children left without meals due to COVID-19 school closures*, 20 marzo 2020, www.wfp.org.

³⁹ IFT Foundation, *USDA to provide lunches to children in states with school closures due to COVID-19*, 11 marzo 2020, www.ift.org.

⁴⁰ Sul punto si veda lo studio condotto da UNESCO, *COVID-19 school closures around the world will hit girls hardest*, 31 marzo 2020, www.en.unesco.org.

⁴¹ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/GC/20 del 2 luglio 2009, par. 9.

contesto si collocano le misure avviate in Italia dall'allora Ministra per l'innovazione, denominate "Solidarietà digitale"⁴², che includono, tra le altre, assistenza da remoto. Garantire l'accesso tecnico, fisico, ad Internet, non è tuttavia di per sé sufficiente a rispondere al *digital divide*. Ciò che conta, oltre all'accesso fisico ad Internet (interessanti le misure adottate negli Stati Uniti, con autobus dotati di wi-fi parcheggiati nei parchi dei quartieri più svantaggiati⁴³), è l'accesso materiale ad Internet. Nonostante le nuove tecnologie, infatti, ciò che la pandemia ha fatto emergere è che la digitalizzazione da sola non riduce le disparità, anzi, produce un effetto cumulativo di nuove e tradizionali forme di disuguaglianza nell'educazione. Sul se l'accesso ad Internet sia allo stesso tempo funzionale al godimento di altri diritti umani e diritto umano fondamentale *per se*⁴⁴, la dottrina ha discusso ampiamente⁴⁵ e non è questa la sede per riaprire il dibattito. Quello che è certo è che l'accesso sia fisico sia materiale ad Internet è garanzia del godimento al diritto all'istruzione⁴⁶ *a fortiori* in una situazione di emergenza. In una recente sentenza, la Corte del Kerala, India, ha, ad esempio, dichiarato il diritto di accesso ad Internet un diritto fondamentale, parte integrante dei diritti all'istruzione e alla privacy garantiti dalla Costituzione⁴⁷.

Alla luce di quanto evidenziato in queste sintetiche note, se lo Stato ha l'obbligo di garantire un accesso senza ostacoli e non discriminatorio in tempo di pandemia, questo significa garantire un accesso che non sia semplicemente fisico ma anche materiale ad Internet, fornendo a studenti ed insegnanti gli strumenti adeguati, inclusi quelli necessari in materia di conoscenza. La presenza di discriminazioni *de facto* nell'accesso all'istruzione non riguarda solo i Paesi sottosviluppati, dove evidentemente il godimento di questo diritto incontra ostacoli strutturali che vanno ben oltre l'emergenza,

⁴² Agenzia per l'Italia Digitale, *Solidarietà digitale*, www.solidarietadigitale.agid.gov.it.

⁴³ Si veda, ad esempio, L. CAMERA, *Disconnected and disadvantaged: schools race to give students access*, *US News*, 1 aprile 2020.

⁴⁴ Si veda, Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, *The right to internet access*, CoE Res. 1987 del 9 aprile 2014.

⁴⁵ Si veda, *inter alia*, B. ÇALI, *The case for the right to meaningful access to the internet as a human right in international law*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (eds), *The Cambridge Handbook on new human rights. Recognition, novelty, rhetoric*, Cambridge, 2019, p. 276 ss; A. BUSACCA, *Il "diritto di accesso" alla rete internet*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 345 ss; T.E. FROSINI, *The internet access as a fundamental right*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 1 ss; G.M. RUOTOLO, *Internet-ional Law. Profili di diritto internazionale pubblico della rete*, Bari, 2012.

⁴⁶ O. POLLICINO, *Right to internet access: Quid Iuris?*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (eds), *The Cambridge Handbook on new human rights. Recognition, novelty, rhetoric*, Cambridge, 2019, p. 263 ss.

⁴⁷ Corte del Kerala, sentenza del 19 settembre 2019, WP(C). No.19 of 2019 (L).

ma anche nella nostra Europa, dove il divario in termini di condizioni economiche e sociali, ma anche di luogo di residenza, tra studenti si avverte e si avvertirà anche conclusa la pandemia.

5. Conclusioni per il *post* pandemia

Per dare sostegno ai Paesi nel garantire un accesso all'istruzione il più possibile inclusivo, l'UNESCO ha elaborato delle linee guida e "strumenti"⁴⁸ cui tutti possono accedere gratuitamente, compresi dei sistemi con buona funzionalità offline. Il ricorso a "misure di emergenza educativa" (nonché a raccolte fondi emergenziali⁴⁹) dimostra, tuttavia, una carenza di azioni intraprese prima dell'avvento della pandemia, in tempi "normali". Ciò pone una ulteriore riflessione conclusiva: il post pandemia, benché sembri ancora, a oltre un anno dall'inizio dell'emergenza, piuttosto lontano. L'*SDG Education 2030 Steering Committee* ha infatti evidenziato una serie di priorità per gli Stati per il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda 2030, tra cui quella di «assicurare l'impegno politico e gli investimenti nell'educazione nella fase di recovery»⁵⁰. Tra le numerose riflessioni che accompagneranno e seguiranno questa pandemia dovrà necessariamente trovare ampio spazio l'istruzione, affinché sia davvero inclusiva e capace di quella "adattabilità" che, pur essendo stata sottolineata più volte a livello Nazioni Unite, non è mai stata davvero attuata.

⁴⁸ UNESCO, *Distance learning solutions*, www.en.unesco.org.

⁴⁹ In tal senso si veda UNICEF, *Coronavirus disease (COVID-19) response: Donors and partners*, www.unicef.org.

⁵⁰ *SDG-Education 2030 Steering Committee urges protection of education, now and post-crisis*, 2 aprile 2020, www.sdg4education2030.org.

I dati in alto mare: COVID-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa

GABRIELE DELLA MORTE*

SOMMARIO: 1. Avviso ai naviganti. – 2. Acque agitate. – 3. I dati in alto mare. – 4. La bussola di riferimento. – 5. Come segnare il nord. – 6. Quale approdo?

ABSTRACT: La diffusione del COVID-19 e la pandemia che ne è seguita ha promosso il ricorso ad alcune strategie di contrasto fondate su sistemi di tracciamento digitale (c.d. *contact tracing*). Le questioni che tali sistemi di controllo – fondati su algoritmi – sollevano sul versante dei diritti sono numerose e si estendono dalla privacy alla tutela dei dati personali, passando per la compressione di fondamentali libertà (ad esempio quella di movimento). I benefici di breve termine vanno pertanto comparati agli effetti che si potrebbero sedimentare in una prospettiva di più lunga durata.

PAROLE CHIAVE: Pandemia – COVID-19 – tracciamento – privacy – tutela dei dati personali – regolamento generale per la protezione dei dati personali.

1. Avviso ai naviganti

Una premessa di metodo si impone: di fronte al nuovo tutte le competenze sono vecchie. A causa dell'epidemia da COVID-19 inediti quesiti giuridici si irradiano in ogni direzione. Alcuni di essi, tutt'altro che minori, si pongono sul piano delle possibili deroghe in materia di protezione dei dati personali: è su questi che concentrerò le mie riflessioni.

2. Acque agitate

Poco dopo l'ufficializzazione dello stato di pandemia l'opportunità di ricorrere a sistemi di tracciamento al fine di contrastare la diffusione del virus ha presidiato il dibattito mediatico – ne ha discusso la stampa¹ e finanche l'OMS². Tra gli Stati che ne hanno fatto ricorso si riscontra una grande

* Professore associato di Diritto internazionale, Università Cattolica di Milano, gabriele.dellamorte@unicatt.it.

¹ P. MOZUR, R. ZHONG, A. KROLIK., "In Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags", *New York Times*, 3 marzo 2020.

² OMS, tweet del 16 marzo 2020: «We have seen a rapid escalation in social distancing measures, like closing schools & cancelling sporting events & other gatherings. But we haven't seen an urgent enough escalation in testing, isolation & contact tracing, which is the backbone of the #COVID19 response».

varietà di situazioni che oscilla dalle ipotesi più blande, quali il controllo di assembramenti grazie ai dati aggregati, sino a quelle più incisive, quali la geolocalizzazione e il tracciamento di spostamenti individuali (si tratta del c.d. *contact tracing*, potenzialmente incrementabile anche con i dati GPS di *Facebook*, *Google Maps* ecc.).

Tra le forme più incisive il caso più noto è quello di *Alipay Health Code*, una *App* diffusa in Cina. Si tratta di un software che, una volta installato nello *smartphone*, consente una classificazione degli individui sulla base dei dati relativi allo stato di salute, ai contatti avuti in precedenza, ecc. Il fine è quello di contrastare l'epidemia attraverso un monitoraggio costante di movimenti e contatti. A ogni controllo occorre esibire il *QR-code* di riferimento generato dalla *App*. Il colore del codice, assegnato da un algoritmo che calcola un coefficiente di rischio, determina diverse conseguenze: il *QR-Code* rosso obbliga a restare al proprio domicilio; quello giallo garantisce mobilità limitata; quello verde consente libertà di movimento. Se non si è provveduto a installare l'applicazione si è ritenuti *ipso facto* (e ... *jure!*) *QR-code* rosso.

3. I dati in alto mare

Le questioni che i sistemi di controllo fondati su algoritmi sollevano sul versante dei diritti – dalla privacy alla tutela dei dati personali, passando per la compressione di fondamentali libertà, ad esempio quella di movimento – sono innumerevoli. In un'ottica complessiva gli indubbi benefici di breve termine vanno comparati agli effetti che si potrebbero sedimentare in una prospettiva di più lunga durata.

In un'articolata riflessione ospitata dal *Financial Times*, il filosofo Yuval Noah Harari adotta questa chiave di lettura, insistendo sui rischi del ricorso a tecnologie di sorveglianza di massa³. Sino a ieri, toccando il nostro *smartphone* «the government wanted to know what exactly your finger was clicking on», oggi con il coronavirus «the focus of interest shifts. Now the government wants to know the temperature of your finger and the blood-pressure under its skin». L'analisi di Harari è, peraltro, approssimata solo *per difetto*: in molti casi (come quello cinese riportato *supra*) il controllo non viene esercitato direttamente dai governi, ma da compagnie private che agiscono in collaborazione con i primi. È questa la ragione per la quale alcuni esperti che si sbilanciano a favore di simili tecnologie sollevano il problema di quale sia il soggetto incaricato di tale compito: «Non di certo soggetti

³ Y. N. HARARI, "The world after coronavirus", *Financial Times*, 20 marzo 2020.

privati [...] L'ideale sarebbe una grande azienda pubblica»⁴. Purtroppo, una simile azienda al momento non c'è, a meno che non si intenda gravare di tale peso l'Autorità garante per la protezione dei dati personali (il cui Presidente in carica al momento dello scoppio della pandemia ha comunque testimoniato una discreta apertura rispetto a simili sistemi di controllo, purché corredati da adeguate garanzie)⁵. Abbiamo però un importante novero di disposizioni internazionali le quali, in coordinamento con le norme statali, offrono un valido riferimento. Sulle regole interne sono già state elaborate diverse osservazioni⁶. Mi limiterò dunque alle seconde, con speciale riguardo alla normativa europea e internazionale in materia di protezione dei dati personali, in dialogo con gli altri interventi già ospitati nel *SIDIBlog*⁷.

4. La bussola di riferimento

Dopo il distanziamento sociale e il confinamento in dimora, il dibattito sulle strategie di contrasto all'epidemia si è indirizzato sulle misure di sorveglianza e *contact tracing*, atteso che, come ha sostenuto il Direttore dell'OMC nel *media briefing* del 16 marzo 2020: «you cannot fight a fire blindfolded. And we cannot stop this pandemic if we don't know who is infected».

Ma in che modo tali misure impattano sul regime di protezione internazionale dei dati personali? Quante e quali deroghe sono da considerarsi ammissibili⁸?

Innanzitutto, il quadro normativo internazionale è composito e va dedotto, nell'assenza di un trattato universale, da un insieme di disposizioni settoriali e regionali in combinazione con norme di *soft law*. Tralasciando il discorso su queste ultime – che pure contribuiscono in via ermeneutica alla formazione dei principi che regolano la *governance senza governo* delle reti – è possibile osservare che sono diverse le convenzioni regionali e settoriali di cui l'Italia è parte.

⁴ In tal senso P. BENANTI, *I nostri dati per il nostro futuro: come sconfiggere il coronavirus*, in Paolo Benanti, *Etica, bioetica, tecnologia*, 21 marzo 2020: «per potere continuare a vivere dobbiamo donare qualcosa di immateriale [...]: i nostri dati».

⁵ V. A. SORO, *Tracciamento contagi coronavirus, ecco i criteri da seguire*, in *Agenda digitale*, 29 marzo 2020.

⁶ Tra le quali segnalo le puntuali riflessioni di O. POLLICINO, C. RESTA, «Data tracing, no a deleghe in bianco all'algoritmo», *Corriere Comunicazioni*, 24 marzo 2020.

⁷ Con particolare riferimento agli interventi ospitati nel forum dal titolo: «COVID-19, diritto internazionale e diritto dell'Unione europea», *SIDIBlog*, 24 marzo 2020.

⁸ Sul tema generale sia consentito rimandare, per un primo inquadramento, a G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018.

Un esempio settoriale è rappresentato dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dedicato al divieto di interferenze arbitrarie o illegittime nella vita privata. Nel *General Comment No. 16*⁹ si ricorda, al par. 1, come il divieto debba essere inteso a tutela di ogni intromissione illegale o arbitraria proveniente tanto dal potere pubblico quanto dalle persone fisiche o giuridiche; al par. 3 si precisa che l'aggettivo «unlawful» deve essere interpretato nel senso per cui alcuna interferenza è ammissibile fuori dai casi nei quali essa è autorizzata dalla legge, e nel successivo par. 4 si puntualizza che anche qualora l'interferenza sia autorizzata deve essere conforme alle disposizioni, agli scopi e agli obiettivi del Patto medesimo. Giacché, aggiunge il par. 7, «all persons live in society, the protection of privacy is necessarily relative» e, considerato che nel quadro dell'art. 17 non è prevista alcuna eccezione, si applica il regime di deroghe generali sancito dall'art. 4 dello stesso Patto. Ai sensi di quest'ultima disposizione¹⁰, «[i]n time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed» gli Stati parte possono derogare agli obblighi sanciti «to the extent strictly required by the exigencies of the situation». Tuttavia, anche quest'ultima disposizione deve essere interpretata alla luce del *General Comment* menzionato. Il relativo par. 8 specifica che «relevant legislation must specify in detail the precise circumstances in which such interferences may be permitted» (corsivo aggiunto), puntualizzando che una simile decisione «must be made only by the authority designated under the law», e ancora che «surveillance, whether electronic or otherwise [...] should be prohibited». Ma c'è di più: secondo il Comitato non è solo la sorveglianza a dovere essere regolata dalla legge, quanto anche la raccolta e la conservazione di «data banks and other devices, whether by public authorities or private individuals or bodies»¹¹.

Quanto alle disposizioni aventi portata regionale, un primo gruppo di norme è riscontrabile in seno al Consiglio d'Europa. È il caso dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani dedicato al rispetto della vita privata e familiare. L'art. 8, par. 2, diversamente dal Patto, specifica le condizioni al verificarsi delle quali le interferenze delle autorità pubbliche sono da considerarsi ammissibili: che siano previste dalla legge; che siano necessarie nel quadro di una società democratica; che corrispondano agli scopi tutelati,

⁹ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.1) dell'8 aprile 1988.

¹⁰ Sulla quale v. F. TAMMONE, «“*Nous sommes en guerre*”: la lotta globale alla pandemia alla prova del patto internazionale sui diritti civili e politici», *SIDIBlog*, 27 marzo 2020.

¹¹ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 16*, cit., par. 10.

quali la sicurezza nazionale, la protezione della salute ecc. Va da sé che con il corso del tempo l'ambito d'applicazione dell'art. 8 ha registrato una notevole estensione grazie all'opera di interpretazione euristica dei giudici. Non è questo il contesto per una ricostruzione sistemica, ma ci riserviamo la possibilità di ritornarvi qualora le circostanze lo rendano opportuno.

Sempre a livello regionale e sempre *ex multis*, merita un breve richiamo la Convenzione 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981. Il relativo art. 6 è dedicato alla protezione delle categorie "speciali" di dati, tra i quali rientrano a pieno titolo quelli relativi alla salute che richiedono una tutela rafforzata.

Un discorso a parte merita l'Unione europea, in quanto la protezione dei dati prevista in tale contesto configura un sistema eccezionale e senza precedenti, alla cui formazione hanno contribuito tanto ragioni di ordine economico (i dati dei consumatori europei sono particolarmente attraenti nel mercato globale), quanto di ordine storico-politico (non bisogna dimenticare che l'Unione poggia le propria fondamenta sulle ceneri dell'Olocausto realizzato attraverso discriminazioni fondate su dati personali).

Il sistema di regole in seno all'Unione orbita, oggi, intorno al *corpus iuris* del regolamento generale per la protezione dei dati personali 2016/679 (*General Data Protection Regulation* o GDPR)¹².

Innanzitutto, l'art. 23, disciplinando le limitazioni che uno Stato membro può apportare a diversi principi e regole, richiede che essa rispetti «l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica» per salvaguardare (*inter alia*) la sanità pubblica. Dette limitazioni devono essere previste «mediante misure legislative»¹³, che contengano indicazioni relative a: *a*) le finalità di trattamento; *b*) le categorie di dati personali; *c*) la portata delle limitazioni introdotte; *d*) le garanzie per prevenire abusi o illeciti; *e*) l'indicazione del titolare del trattamento; *f*) i periodi di conservazione e le garanzie applicabili; *g*) i rischi per i diritti e le libertà degli interessati; e *h*) il diritto degli interessati di essere informati della limitazione, a meno che ciò possa compromettere la finalità medesima¹⁴.

A ciò va aggiunto che le tecniche di sorveglianza in questione non concernono i semplici «dati personali» (e cioè, «qualsiasi informazione

¹² Regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

¹³ Ivi, art. 23, par. 1.

¹⁴ Ivi, art. 23, par. 2.

riguardante una persona fisica identificata o identificabile», *ex art. 4 GDPR*, n. 1), ma quella particolare categoria che, ai sensi dell'art. 4, n. 15, è rappresentata dai dati attinenti alla salute, «compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria». Tali dati, che secondo il *considerando* n. 35 ricomprendono «un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica» (o, ancora, «qualsiasi informazione, [ad esempio il «rischio di malattie»] indipendentemente dalla fonte») rientrano nel novero dei c.d. dati soggetti a trattamento speciale.

Questi, ricorda il *considerando* n. 51, sono informazioni «che, per loro natura, sono particolarmente sensibili sotto il profilo dei diritti e delle libertà fondamentali». Per tale ragione meritano una tutela rafforzata, prontamente specificata all'art. 9, par. 2, dove si enunciano le dieci ipotesi in cui non si applica il divieto di trattamento di tali dati speciali. Nel novero di tali eccezioni a noi pare che assumano particolare rilievo la lettera *b*), che fa riferimento ai trattamenti necessari a scopi di «diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei servizi o sistemi sanitari»; e la lettera *i*), che richiama «l'interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici [...]». La disposizione di cui alla lettera *b*) rinvia al *considerando* n. 53, ai sensi del quale nel trattamento di dati sensibili per finalità sanitarie, da un lato, «[i]l diritto dell'Unione o degli Stati membri dovrebbe prevedere misure specifiche e appropriate a protezione dei diritti fondamentali e dei dati personali» e, dall'altro, «gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, fra cui limitazioni, con riguardo al trattamento di dati [...] relativi alla salute, senza tuttavia ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione [...]». Diversamente, la disposizione di cui alla lettera *i*) richiama il *considerando* n. 54 ai sensi del quale in simili casi il trattamento potrebbe avere luogo «senza il consenso dell'interessato» purché nel rispetto di «misure appropriate e specifiche a tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche».

Il tema è ripreso in seguito dall'art. 9, par. 4, che attribuisce agli Stati membri il potere di introdurre «ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento dei dati [...] relativi alla salute». Tale ultima disposizione menziona ben cinque *considerando* (n. 8, n. 10, n. 41, n. 45 e n. 53) dei quali almeno uno merita attenzione. Mi riferisco al *considerando* n. 41 che, facendo riferimento ai casi in cui il regolamento richiama «una base giuridica o a una misura legislativa», specifica che questa non deve essere

necessariamente intesa come un «atto legislativo da parte di un parlamento, fatte salve le prescrizioni dell'ordinamento costituzionale», purché risulti «chiara e precisa, e la sua applicazione prevedibile, per le persone che vi sono sottoposte, in conformità della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Il concetto, d'altra parte, è ribadito anche dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 e nuovamente approvata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da parte del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione. Si tratta del primo strumento che distingue tra privacy (art. 7) e tutela dei dati personali (art. 8), e laddove si prevede che eventuali «limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà», aggiungendo che dette limitazioni devono essere adottate «nel rispetto del principio di proporzionalità [e] solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Da ultimo, merita un cenno la direttiva *ePrivacy* del 2002¹⁵, il cui art. 15 garantisce agli Stati membri la possibilità di limitare – attraverso il ricorso a «disposizioni legislative» – gli obblighi in materia di riservatezza dei dati sul traffico per finalità determinate e purché in «una misura necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica». Sebbene il coordinamento tra il GDPR e la direttiva *ePrivacy* contenga più di una questione aperta, l'opinione dell'*European Data Protection Board* (EDPB)¹⁶ sul punto è orientata verso il riconoscimento di un valore di *lex specialis* in favore della direttiva¹⁷.

¹⁵ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

¹⁶ European Data Protection Board, *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, del 12 marzo 2019.

¹⁷ Si veda anche European Data Protection Board, *Statement of the EDPB Chair on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*, del 16 marzo 2020, relative proprio alla gestione in tempo di COVID -1.

5. Come segnare il nord

In attesa di un più articolato quadro normativo sul punto¹⁸, mi sembra di potere concludere che, nel ricorso a un trattamento per così dire “rafforzato” di dati personali e sanitari, occorrerà innanzitutto accertarsi che siano rispettati quanto meno i seguenti requisiti: (i) formalità: le interferenze devono essere previste da una base giuridica variamente intesa; (ii) indispensabilità: le interferenze devono essere necessarie nel quadro di una società democratica; (iii) finalità: le interferenze devono corrispondere allo scopo di protezione della salute; (iv) tassatività: le interferenze devono essere specificate nel modo più dettagliato; (v) temporalità: le interferenze devono indicare il periodo di vigenza; (vi) impugnabilità: le interferenze devono essere contestabili in qualche forma; (vii) proporzionalità: le interferenze non devono mai essere eccessive rispetto allo scopo perseguito.

Chiaramente alcuni di questi principi possono sovrapporsi o articolarsi in una relazione di *genus a species*, oltre a modularsi diversamente a seconda del tipo di interferenza: *contact tracing* più o meno invasivo; trattamento di soli dati personali o anche di dati anonimi e/o pseudo-anonimi; trattamento subordinato al consenso di tutte le persone potenzialmente interessate, ecc. Si è comunque deciso di stilare un primo elenco per costituire le basi per una più meditata riflessione successiva (*work in progress*¹⁹).

¹⁸ Al momento della redazione del presente intervento il richiamo normativo era principalmente quello, del tutto inadeguato, del d.l. 9 marzo 2020, n. 14, recante “Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19”. Tale normativa è stata in seguito abrogata dalla l. 27 del 24 aprile 2020, che ha contestualmente convertito il d.l. 18 del 17 marzo 2020 recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”. L'art. 17-*bis*, primo comma, di tale legge, sancisce in particolare, che: «fino al termine dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica e, in particolare, per garantire la protezione dall'emergenza sanitaria a carattere transfrontaliero determinata dalla diffusione del COVID-19 mediante adeguate misure di profilassi, nonché per assicurare la diagnosi e l'assistenza sanitaria dei contagiati ovvero la gestione emergenziale del Servizio sanitario nazionale [...] i soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile [...] e i soggetti attuatori [...] nonché gli uffici del Ministero della salute e dell'Istituto superiore di sanità, le strutture pubbliche e private che operano nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e i soggetti deputati a monitorare e a garantire l'esecuzione delle misure [...] possono effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione tra loro dei dati personali, anche relativi agli articoli 9 e 10 del regolamento (UE) 2016/679, che risultino necessari all'espletamento delle funzioni ad essi attribuite nell'ambito dell'emergenza determinata dal diffondersi del COVID-19.

¹⁹ Per una più ben più estesa trattazione dei problemi sollevati nel presente articolo, oltre che per una completa bibliografia di riferimento, sia permesso rimandare allo scritto: G. DELLA

6. Quale approdo?

In conclusione, c'è certamente qualcosa di contro-intuitivo nel fatto che le democrazie occidentali ricorrono a strumenti propri del *Capitalismo della sorveglianza* per difendere sé stesse²⁰. Ma questo paradosso è solo apparente, perché frutto di un espediente retorico – piuttosto in voga, purtroppo – che pone la questione nei termini di *trade-off* tra salute e privacy, mentre a un più attento esame appare evidente che la questione non può essere articolata in termini alternativi/oppositivi.

Come salvaguardare *sia* la tutela dei dati personali *sia* la salute, a fronte di una minaccia pandemica? Certamente un approccio ispirato al criterio di gradualità fornisce una strategia ragionevole per ogni situazione inedita: occorre innanzitutto testare l'efficacia delle misure meno invasive e quindi incrementarle in caso di bisogno.

Al contempo bisogna contemplare limiti invalicabili perché se è vero che talvolta gli Stati fanno ricorso a legislazioni d'urgenza per ristabilire in un secondo momento un adeguato sistema di garanzie (è accaduto anche in Italia: si consideri la stagione del terrorismo), oggi è il matrimonio tra regolamentazione d'urgenza e innovazione tecnologica che richiede particolare attenzione: dalla prima si può tornare indietro, dall'innovazione tecnologica, *historia magistra*, no.

In definitiva, in attesa che passi la “tempesta perfetta” si possono anche ammainare le vele. Ma occorre prestare molta attenzione alla bussola per ritrovare, in seguito, la rotta.

MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 303 ss.

²⁰ Mi riferisco qui al significativo studio di S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza, Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

L'emergenza COVID-19 e l'attuazione della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani nel diritto internazionale

MARCO FASCIGLIONE*

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. – 2. Impresa e diritti umani: l'emergenza da COVID-19, alla prova della *shareholder primacy*. – 3. I Principi guida ONU su imprese e diritti umani e la crisi da COVID-19. – 4. Il contenuto della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani dinanzi all'emergenza da COVID-19. – 5. La *due diligence* di impresa sui diritti umani e l'emergenza da COVID-19. – 6. La fase *post-pandemica*: verso una normativa europea in tema di *due diligence* d'impresa in materia di diritti umani. – 7. Conclusioni: attori, responsabilità e diritti nella società *post-pandemica*.

ABSTRACT: Sino ad oggi il dibattito sull'impatto del COVID-19 sui diritti umani ha concentrato l'attenzione sul ruolo degli Stati e sulla legittimità delle misure di deroga o di limitazione delle libertà individuali adottate per contenere la diffusione della pandemia, in combinazione con quelle di tipo economico e sociale tese ad offrire una rete di sicurezza sia agli individui che alle imprese. Minore attenzione, invece, è stata riposta sul ruolo, non meno importante, del settore privato. I Principi guida ONU su impresa e diritti umani del 2011 (UNGPs) ci ricordano in effetti, che se da un lato spetta agli Stati l'obbligo (positivo) di regolare le attività delle imprese in modo che queste ultime non violino i diritti umani dall'altro lato la responsabilità delle imprese di rispettare (CRtoR), disciplinata dal secondo Pilastro dei UNGPs, impone alle imprese il rispetto dei diritti umani nell'ambito delle loro operazioni e dell'intera loro *value chain*. A tal fine esse hanno l'onere di adottare le misure necessarie per prevenire l'impatto negativo sui diritti umani scaturente dalle proprie attività, e nel caso in cui un impatto sia stato cagionato, adottare quelle necessarie per mitigarlo e rimediare. Ciò vale anche in relazione ai rischi sui diritti umani collegati all'emergenza del COVID-19. Obiettivo di questo contributo è analizzare gli elementi essenziali della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani dinanzi all'emergenza da Coronavirus.

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – diritti umani – responsabilità delle imprese di rispettare – Principi guida ONU – *due diligence* aziendale sui diritti umani – catene globali del valore.

1. Piano dell'indagine

La diffusione su scala globale del coronavirus “SARS-COV-2”, anche noto come “COVID-19” o, più semplicemente, “Coronavirus” ha generato una crisi sanitaria senza precedenti che ha trovato impreparati tanto gli Stati quanto le principali organizzazioni internazionali, inclusa l'OMS, passata dal

* Ricercatore di Diritto internazionale, CNR-IRISS, PI del Progetto CO.RE. *Corporate Human Rights and Environmental Due Diligence* e la promozione della *Corporate Responsibility*, m.fasciglione@iriss.cnr.it.

considerare il virus meno pericoloso di altri virus diffusisi nel corso degli anni precedenti, al dichiarare l'11 marzo 2020 che l'epidemia di COVID-19 aveva raggiunto il livello di una pandemia globale¹. La necessità di contenere il dilagare del contagio pandemico ha costretto la grande maggioranza degli Stati del pianeta, ad adottare misure di emergenza, di diversa natura ed effetti, con l'obiettivo di garantire il diritto alla vita e alla salute dei loro cittadini e di qualsiasi altro individuo sottoposto alla loro giurisdizione. Ciò è valso anche per gli Stati membri dell'Unione europea, diventata nella seconda fase di diffusione del virus l'epicentro della pandemia. Le misure adottate dagli Stati hanno incluso: restrizioni alle riunioni pubbliche; misure di isolamento domiciliare con il connesso divieto di circolazione, fatta eccezione per lo svolgimento di attività essenziali come l'acquisto beni di prima necessità; l'obbligo di chiusura di imprese, istituti culturali ed educativi come le scuole. Nel loro insieme queste misure hanno provocato cambiamenti senza precedenti nella vita quotidiana in tutti i Paesi e hanno interferito con il godimento di molti dei diritti garantiti nei trattati internazionali sui diritti umani e, con riferimento al quadro giuridico regionale europeo in materia di diritti umani, nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE².

In questo drammatico quadro, il dibattito della dottrina circa gli effetti dell'impatto del COVID-19 sui diritti umani ha concentrato (peraltro giustamente) la propria attenzione sul ruolo degli Stati e sulla legittimità delle misure di deroga e di limitazione delle libertà individuali adottate per contenere la diffusione della pandemia; ciò è avvenuto spesso in combinazione con l'analisi delle misure di tipo economico e sociale adottate per offrire una rete di sicurezza sia agli individui che alle imprese con l'obiettivo di far fronte alle conseguenze della crisi economica e sociale scaturita dalla diffusione della pandemia.

Minore attenzione, invece, è stata riposta sul ruolo, non privo di importanza, del settore privato. I Principi guida ONU su impresa e diritti umani

¹ In effetti, l'OMS aveva dichiarato inizialmente di considerare il COVID-19 non mortale come le precedenti forme virali denominate SARS e MERS (cfr. www.salute.gov.it), salvo poi fare retromarcia e qualificare l'epidemia da COVID-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale il 30 gennaio 2020, e successivamente dichiarare lo stato di pandemia con una conferenza stampa dell'11 marzo 2020 (cfr. www.who.it).

² Per una rassegna dell'impatto sui diritti umani derivante dalle misure anti-COVID-19 adottate nei Paesi UE si consiglia la consultazione della serie di bollettini editi dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Coronavirus Pandemic in the EU. Fundamental Rights Implications*, www.fra.europa.eu.

(UNGPs) adottati dal Consiglio ONU dei diritti umani nel 2011³ ci ricordano in effetti, che se da un lato spetta agli Stati l'obbligo di regolare le attività delle imprese in modo che queste ultime non violino i diritti umani, dall'altro lato la responsabilità delle imprese di rispettare (CRtoR), disciplinata dal secondo Pilastro dei Principi guida, impone alle imprese di rispettare i diritti umani nel corso delle loro operazioni e lungo l'intera *value chain*⁴ e di adottare le misure necessarie per evitare che le proprie attività abbiano un impatto negativo sui diritti umani e nel caso in cui lo si sia cagionato, per prevenirlo, mitigarlo e rimediare. Ciò vale anche in relazione ai rischi sui diritti umani collegati all'emergenza da COVID-19. Obiettivo dell'indagine che segue è esattamente quello di analizzare, alla luce dei Principi guida, le modalità operative della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani in situazioni di emergenza pandemica come quella attualmente in corso.

2. Impresa e diritti umani: l'emergenza da COVID-19, alla prova della *shareholder primacy*

Come è stato evidenziato recentemente⁵, alla luce del prevalente modello di impresa (fondato sul principio della *shareholder primacy*) le modalità che gli attori economici privati possono utilizzare per fare fronte alle criticità derivanti dal diffondersi del COVID-19 sono due: *a*) il ricorso alle riserve di liquidità per effettuare il riacquisto di azioni (una strategia semplice e veloce per aumentare il valore delle azioni – e per incrementare le *stock options* dei managers – ma che ha che ha, tuttavia, l'effetto collaterale di «depriving

³ Cfr. Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011. Per la letteratura pubblicata sui Principi guida sia consentito il rinvio a M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi guida ONU su imprese e diritti umani*, in *I Principi guida su imprese e diritti umani*. Traduzione a cura e con un saggio di Marco Fasciglione, Roma, 2020, p. 35 ss., www.iriss.cnr.it.

⁴ J. NOLAN, *Business and human rights: The challenge of putting principles into practice and regulating global supply chains*, in *Alternative Law Journal*, 2017 pp. 42-46; A. BONFANTI, M. BORDIGNON, *'Seafood from Slaves': The Pulitzer Prize in the Light of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *Global Policy*, 2017, p. 498 ss., in particolare, p. 501. Con specifico riferimento alla prospettiva di indagine giuslavoristica rinviamo a V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Torino, 2020.

⁵ T. VAN HO, "COVID-19 Symposium: A Time to Kill 'Business as Usual' – Centring Human Rights in a Frustrated Economy (Part 1)", *Opinio Juris*, 2 aprile 2020.

companies of the cushion necessary to survive a significant economic downturn»); oppure *b*) il contenimento dei costi e delle perdite derivanti dalla quarantena, sfruttando la possibilità concesse dalla produzione lungo le *supply chain* globali, di disporre il rinvio di pagamenti contrattuali, la cancellazione di ordinativi, o, peggio ancora, il rifiuto di accettare la consegna di merci già prodotte. Si tratta di modalità che mettono a rischio i diritti dei lavoratori che prestano la loro attività lungo tali catene di fornitura, spesso con ridotte, o del tutto assenti, garanzie sul lavoro⁶.

D'altronde, anche la “continuazione” delle attività produttive presenta dei rischi per i lavoratori. Si pensi, innanzitutto, ai lavoratori migranti o a quelli che operano nelle economie “informali”, normalmente privi di coperture sanitarie da attivare in caso di malattia da contagio. Si pensi, in secondo luogo, alle misure emergenziali adottate dagli Stati per impedire la diffusione del virus. Tali misure, in effetti, vietano, da un lato, le attività lavorative in settori produttivi considerati “non essenziali” (ad esempio quello del turismo e dell’ospitalità), mentre, dall’altro lato, consentono che alcune categorie continuino a prestare la loro attività in settori che, come i trasporti o la sanità, sono considerati “chiave”, perché indispensabili per assicurare i servizi di cura ai malati, quelli di trasporto pubblico per altri lavoratori “chiave”, nonché quelli di trasporto delle merci allo scopo di rifornire la popolazione di generi di prima necessità (cibo, medicinali, ecc.). Ebbene, per tutti questi “lavoratori necessari”, tanto gli Stati quanto le imprese sono tenuti ad adottare le misure volte ad assicurare condizioni di lavoro eque⁷, ridotti rischi di esposizione al contagio sui luoghi di lavoro⁸, e la salvaguardia del diritto alla salute⁹. Le modalità poi con cui queste fattispecie rientrano nell’ambito di applicazione del secondo Pilastro dei Principi guida e della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani, sono molteplici.

⁶ In materia v. anche L. SMIT, G. HOLLY, R. MCCORQUODALE & S. NEELY, *Human rights due diligence in global supply chains: evidence of corporate practices to inform a legal standard*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, p. 1 ss.

⁷ Cfr. Agenzia dell’Unione europea per i diritti fondamentali, *Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications - Bulletin 1*, 1° febbraio – 20 marzo 2020, p. 21.

⁸ Cfr. OECD, *Supporting people and companies to deal with the COVID-19 virus: Options for an immediate employment and social-policy response*, marzo 2020.

⁹ Cfr. Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Statement on coronavirus and economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/2020/1 del 6 aprile 2020, par. 16. Si veda anche UN Working Group on Business and Human Rights, *Ensuring that business respects human rights during the COVID-19 crisis and beyond: The relevance of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights Statement by the UN Working Group on Business and Human Rights*, www.ohchr.org.

3. I Principi guida ONU su imprese e diritti umani e la crisi da COVID-19

È noto che sebbene non si tratti di uno strumento giuridicamente vincolante, i Principi guida ONU su imprese e diritti umani rappresentano il primo standard internazionale realmente “globale” che persegue lo scopo di disciplinare la condotta delle imprese dal punto di vista della salvaguardia dei diritti umani¹⁰. Da un lato, in quanto volti a sistematizzare gli standard internazionali esistenti in materia di diritti umani e imprese, essi sono assimilabili ad un codice internazionale e, quindi, per certi versi ricalcano due antecedenti storici, cioè le Linee guida per le imprese multinazionali adottate dall’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel 1976, e la Dichiarazione tripartita di principi riguardante le imprese multinazionali e la politica sociale adottata dall’Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) nel 1977. Dall’altro lato, a differenza di questi ultimi strumenti i Principi guida hanno guadagnato un generale ed unanime consenso in quanto essi sono diventati, nel giro di pochi anni, il principale standard di riferimento internazionale nella *subjecta materia*, in quanto progressivamente riconosciuti da Stati, organizzazioni internazionali, aziende, associazioni di categoria, ordini forensi, società civile e da tutti gli organismi onusiani che operano nel settore dei diritti umani, riuscendo ad esercitare un impatto sulla prassi di tali istituzioni ed organismi con riguardo alla elaborazione delle rispettive *policy* in materia di impresa e diritti umani. Ad esempio, i Principi guida di volta in volta hanno contribuito all’aggiornamento delle politiche adottate in determinati contesti istituzionali relativamente a materie concernenti l’impatto delle attività delle imprese sui diritti fondamentali e sull’ambiente¹¹, oppure hanno sospinto il processo di adozione di strumenti

¹⁰ Sulla “responsabilizzazione” delle imprese in materia di diritti umani si ricordano, senza alcuna pretesa di esaustività, S. DEVA, D. BIRCHALL (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, 2020; F. MARRELLA, *Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye/Collected courses of the Hague Academy of International Law*, 2017, p. 33 ss.; G. SACERDOTI, *La società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dello Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 109 ss.; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012; F. FRANCIONI, *Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations*, in W. BENEDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA (eds), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, p. 245 ss.

¹¹ Ciò vale, in primo luogo, in relazione alla revisione del 2011 delle Linee guida OCSE sulle imprese multinazionali. La revisione, evidentemente ispirata dal processo di adozione dei Principi guida, ha introdotto nel sistema delle Linee guida specifiche disposizioni circa la *due*

normativi tanto all'interno di legislazioni nazionali, quanto nell'ambito dei processi di armonizzazione regionale, volti a creare un ... "comune terreno di gioco" normativo (c.d. *level playing field*) per le imprese¹², oppure, ancora, hanno supportato l'adozione di pareri, raccomandazioni e altri documenti interpretativi di vario tipo volti a chiarire gli obblighi degli Stati in relazione alle violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle operazioni economiche delle imprese¹³.

Per quanto attiene al contenuto, i Principi guida, è noto, si fondano su tre Pilastri: il primo Pilastro è incentrato sull'obbligo di proteggere i diritti umani dalle violazioni provenienti dal settore privato che incombe sugli Stati (c.d. *State duty to protect*); *b*) il secondo ruota intorno alla responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (c.d. *corporate responsibility to respect*); *c*) il terzo, infine, concerne la responsabilità degli Stati e delle stesse imprese di predisporre dei rimedi effettivi (c.d. *access to remedies*) alle vittime di abusi. Se il primo ed il terzo Pilastro si rivolgono agli Stati "ribadendo" per gli stessi l'obbligo (positivo) di regolare le attività delle imprese e di adottare le misure atte a prevenire, investigare, sanzionare e rimediare le violazioni dei diritti umani che avvengono nel quadro delle attività delle imprese¹⁴, il secondo Pilastro si rivolge invece direttamente alle imprese

diligence d'impresa sui diritti umani. Comunicazione della Commissione del 25 ottobre 2011, COM(2011) 681 final. Un discorso analogo può essere fatto, nel contesto dell'Unione europea, in relazione all'aggiornamento da parte della Commissione europea della nozione di "responsabilità sociale d'impresa" effettuato dalla comunicazione del 2011 con la nuova strategia dell'UE per la responsabilità sociale delle imprese. La comunicazione, pur senza menzionare esplicitamente la *due diligence*, sottolinea che per soddisfare pienamente la loro responsabilità sociale, le imprese «devono avere in atto un processo per integrare le questioni sociali, ambientali, etiche, i diritti umani e le sollecitazioni dei consumatori nelle loro operazioni commerciali e nella loro strategia di base» e ciò con l'obiettivo di «identificare, prevenire e mitigare i loro possibili effetti avversi» (v. par. 3.1.).

¹² In materia v. *infra* il par. 6.

¹³ Tra questi obblighi vi è, ad esempio, la garanzia del diritto di accesso ai rimedi per le vittime. Sul punto, con particolare riferimento al contesto europeo, vanno segnalati il parere del 2017 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (v. FRA, *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, Opinion – 1/2017, del 10 aprile 2017), nonché, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la dichiarazione sui Principi guida ONU su imprese e diritti umani del 2014 e la raccomandazione sui Principi guida ONU su diritti umani ed imprese del 2016, entrambi del Comitato dei Ministri (cfr. Comitato dei Ministri, *Declaration of the Committee of Ministers on the UN Guiding Principles on business and human rights*, del 16 aprile 2014; *Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business*, del 2 marzo 2016).

¹⁴ Si tratta quello in esame di un *restatement* di obblighi ampiamente consolidati alla luce dello sviluppo contemporaneo del diritto internazionale dei diritti umani. Sul punto v. M. FASCIGLIONE, *Enforcing the State Duty to Protect Under the UN Guiding Principles on*

fissando per queste ultime uno “standard di condotta attesa”: la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (la c.d. *corporate responsibility to respect*). Siffatto standard quindi piuttosto che rappresentare un obbligo vincolante derivante dal diritto internazionale dei diritti umani, risulta fondato su di un precetto morale e su aspettative di tipo sociale; esso, quindi, sussiste indipendentemente dagli obblighi degli Stati in materia di diritti umani¹⁵. Ai sensi del Principio 11, in particolare, alle imprese è richiesto di “rispettare i diritti umani” e ciò significa che esse «should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved». Il Principio 12, poi, chiarisce che il contenuto della responsabilità di rispettare delle imprese, ingloba tutti i “diritti umani internazionalmente riconosciuti”. Con tale formulazione i Principi guida intendono chiarire che la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani si applica potenzialmente a tutti i diritti umani emersi a livello internazionale: questo perché le imprese con le loro operazioni economiche possono avere un impatto, diretto o indiretto, praticamente sull’intero spettro di siffatti diritti¹⁶. Ai sensi del Principio in esame, vanno fatti rientrare in tale categoria, come minimo, i diritti umani contenuti nella c.d. *International Bill of Human Rights*¹⁷ nonché quelli contenuti nella dichiarazione dell’OIL sui principi e i diritti fondamentali sul lavoro del 1998¹⁸. Inoltre, e di particolare rilevanza ai fini della presente analisi, è la circostanza che il Commentario al Principio 12 evidenzia come in presenza di *particolari contesti* (*sic!*) «alcuni diritti umani possono essere maggiormente a rischio di altri» e che quindi in tali ipotesi, piuttosto che concedere delle deroghe, alle imprese è richiesto un *maggiore livello di attenzione* (c.d. *heightened attention*) relativamente al loro rispetto. Ebbene, la crisi pandemica offre un perfetto esempio di situazioni materiali che richiedono tale maggiore attenzione: in particolare, la condizione dei lavoratori che operano nei c.d. “settori chiave”

Business and Human Rights: Strasbourg Views, in A. Bonfanti (ed.), *Business and Human Rights in Europe International Law Challenge*, 2019, p. 37 ss. In generale, circa gli obblighi positivi degli Stati in questa materia, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2008, p. 175 ss.

¹⁵ Cfr. Commentario del Principio 12.

¹⁶ Ovviamente, occorre considerare che alcuni diritti saranno più rilevanti di altri in determinati settori e circostanze, e conseguentemente alcuni diritti cattureranno maggiore attenzione da parte delle imprese nella elaborazione delle proprie *policy* in materia di diritti umani.

¹⁷ Cioè l’insieme di strumenti costituito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e dai due Patti del 1966, quello sui diritti civili e politici e quello sui diritti economici, sociali e culturali.

¹⁸ Cfr. OIL, *Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali del lavoro e suoi seguiti*, del 18 giugno 1998.

illustra perfettamente il problema della soglia di attenzione più alta' richiesta alle imprese nel contesto della prevenzione dell'impatto negativo sui diritti umani collegato alla prevenzione del contagio da COVID-19 nell'ambito delle loro operazioni economiche.

Per queste categorie di lavoratori, infatti, il rischio di violazione del diritto alla vita (art. 6 Patto sui diritti civili e politici, art. 2 CEDU, art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che, si badi, è un diritto che non può essere derogato, sospeso o limitato nemmeno in situazioni di emergenza), del diritto al raggiungimento dei più alti standard di salute fisica e mentale (art. 12 Patto sui diritti economici, sociali e culturali, art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), o del diritto a condizioni di lavoro sicure e salubri (art. 7(b) Patto sui diritti economici, sociali e culturali, art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), è molto più alto del rischio che devono affrontare altre categorie di lavoratori non essenziali, che sono tenuti a rimanere a casa in esecuzione delle misure statali di contenimento del contagio. In breve, questi lavoratori si trovano in una condizione particolarmente vulnerabile perché corrono un rischio maggiore di subire delle violazioni dei diritti umani in conseguenza della loro esposizione al contagio¹⁹. Pertanto, le imprese che impiegano queste categorie di lavoratori particolarmente rischio sono tenute ad adottare le misure necessarie per proteggere la salute e la sicurezza dei propri dipendenti e «reducing workers' exposure to COVID-19 in the workplace»²⁰. Una conseguenza diretta di tale situazione consiste nel diritto di questi lavoratori di «allontanarsi» dal loro posto di lavoro quando vi sia una ragionevole giustificazione per ritenere che «esista un pericolo imminente e grave per la loro salute o la loro vita» nonché di essere messi al riparo dalle «undue consequences in accordance with national conditions and practice» derivanti da questa decisione²¹. È proprio questo diritto, per esempio, che è stato invocato dai dipendenti delle grandi società logistica e commercio elettronico in relazione alla mancata esecuzione da parte dei loro datori di lavoro di misure volte a garantire il distanziamento sociale ed un ambiente di lavoro sicuro e

¹⁹ Per un'analisi a livello europeo v. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Coronavirus pandemic in the EU - Fundamental Rights Implications - Bulletin 2*, 21 marzo – 31 aprile 2020, p. 9 ss.

²⁰ Cfr. OECD, *COVID-19 and Responsible Business Conducts*, del 16 Aprile 2020, www.oecd.org, p. 3. V. anche lo *Statement* del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali dell'aprile 2020 (Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/2020/1 del 6 aprile 2020, in particolare al par. 16).

²¹ Cfr. l'art. 13 della Convenzione OIL sulla salute e la sicurezza dei lavoratori n.155 (OIL, *Occupational Safety and Health Convention*, 1981 (No. 155) del 22 giugno 1981).

salubre, nei magazzini e nei centri smistamento aziendali. Notevoli clamori, ad esempio, sono stati suscitati dalle agitazioni sollevate, tanto negli Stati Uniti, quanto in Europa, dai dipendenti di Amazon.com Inc. che reclamavano l'assenza di misure di protezione dal contagio nell'organizzazione del lavoro all'interno dei magazzini da parte del colosso della logistica mondiale. La questione ha generato interessanti risvolti giudiziari in Francia dove la Corte di appello di Versailles ha disposto nell'aprile 2020 la sospensione temporanea delle attività degli stabilimenti in attesa della attuazione da parte di Amazon delle misure di valutazione dei rischi professionali inerenti all'epidemia di COVID-19 e dell'adozione delle conseguenti misure di prevenzione e tutela della salute dei dipendenti²².

4. Il contenuto della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani dinanzi all'emergenza da COVID-19

In base al Principio 13 dei Principi guida, poi, le imprese possono essere coinvolte in un «impatto negativo sui diritti umani» sia attraverso le proprie attività sia attraverso le loro relazioni commerciali con terze parti. Il concetto di «impatto sui diritti umani» è uno degli elementi principali della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani²³. Il principio in esame stabilisce che le imprese sono responsabili di quegli impatti negativi che esse causano, o che contribuiscono a causare, o che sono «direttamente collegati alle loro operazioni, ai loro prodotti o ai loro servizi attraverso le loro relazioni commerciali». In pratica alle imprese è richiesto di *a*) evitare di causare l'impatto negativo sui diritti umani attraverso le proprie attività (il concetto di causa include sia gli atti che le omissioni da parte dell'impresa); *b*) evitare di contribuire all'impatto negativo sui diritti umani attraverso le proprie attività; e *c*) cercare di *prevenire* o *mitigare* l'impatto negativo sui diritti umani che sia direttamente collegato alle loro operazioni, prodotti o servizi in base alle loro relazioni commerciali, e ciò anche quando esse non hanno causato

²² Cfr. Corte di appello di Versailles, sentenza del 24 aprile 2020, n. DBV3-V-B7E-T234, *Amazon France Logistique c. Union Syndicale Solidaire et autres*.

²³ Circa la nozione di «impatto» nei Principi guida, una nozione più ampia di quella di «violazione», rinviamo a M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi guida ONU su imprese e diritti umani*, cit., p. 44-45; nonché all'analisi condotta da D. BIRCHALL, *Any Act, Any Harm, To Anyone: The Transformative Potential of "Human Rights Impacts" Under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *University of Oxford Human Rights Hub Journal*, 2019, p. 120 ss. Si veda anche J. RUGGIE, *Comments on Thun Group of Banks: Discussion Paper on the Implications of UN Guiding Principles 13 & 17 in a Corporate and Investment Banking Context*, 2017, www.ihrb.org.

né contribuito in alcun modo a causare siffatto impatto. Ebbene, questo contenuto può essere trasposto all'attuale quadro di misure di prevenzione del contagio da COVID-19. Ad esempio, e proprio con riferimento alla necessità di proteggere il diritto alla salute dei lavoratori "chiave", la mancata adozione da parte dei datori di lavoro delle misure necessarie per garantire la protezione dal rischio di infezione (con la consegna di dispositivi di protezione personale, oppure attuando politiche di distanziamento nei luoghi di lavoro) è un esempio evidente di responsabilità da causa *sub a*). Ciò che è importante osservare è che le imprese che risultino coinvolte in una delle tre tipologie di impatto negativo sui diritti umani, sono tenute ad adottare le misure indicate nei Principi 19 a 22. Queste misure sono funzionalmente collegate al tipo di "coinvolgimento" dell'impresa nell'impatto negativo. In effetti, qualora l'impresa causi, o rischi di causare, un impatto negativo sui diritti umani e qualora essa contribuisca, o possa contribuire a causare tale impatto, essa deve adottare le misure necessarie per *cessare* o per *prevenire* l'impatto negativo e se del caso adottare le opportune misure di rimedio (ivi incluso il pagamento di un risarcimento, se necessario). Un esempio di come questo criterio può ricevere pratica applicazione da parte delle corti nazionali è fornito dalla vicenda dei c.d. *riders* (i fattorini in bicicletta o motorizzati per la consegna a domicilio di prodotti) nei cui confronti i tribunali italiani, in assenza della consegna da parte del datore di lavoro di dispositivi di protezione individuale, non hanno esitato a riconoscere l'esistenza di un «pregiudizio imminente ed irreparabile», del diritto alla salute, e conseguentemente ad ordinare con provvedimento cautelare la consegna di predetti dispositivi all'impresa convenuta²⁴.

Al contrario, qualora l'impresa non abbia causato l'impatto negativo sui diritti umani, né via abbia contribuito in alcun modo, ma tale impatto è comunque direttamente collegato alle sue operazioni, prodotti o servizi in virtù delle sue relazioni commerciali con un ente terzo, la situazione è più complessa. In tale ipotesi, infatti, il tipo di azione che viene richiesta all'impresa dipende da diversi fattori, come ad esempio l'esistenza di un'influenza (c.d. *leverage*) che l'impresa può esercitare sull'ente terzo, l'ampiezza di tale influenza, l'importanza della relazione commerciale per l'impresa, la gravità della violazione, ed infine l'esistenza di eventuali conseguenze negative dal punto di vista dei diritti umani nel caso l'impresa decidesse di porre termine

²⁴ Cfr. Trib. Firenze, sez. Lavoro, n. 886/2020, *Yiftalem Parigi c. Just Eat Italy*, decreto *inaudita altera parte* del 1° aprile 2020 e ordinanza del 5 maggio 2020.

alla relazione commerciale²⁵.

Questa responsabilità da ... “collegamento” interessa molto da vicino il tema del rapporto tra misure di contrasto alla pandemia da COVID-19 e operazioni economiche delle imprese. È noto, in effetti come la crisi sanitaria in corso abbia messo in risalto la fragilità delle catene globali di produzione e di approvvigionamento²⁶. Ciò non solamente in relazione all’incapacità dei sistemi produttivi nazionali di assicurare la continuità degli approvvigionamenti di dispositivi di protezione individuale e altri beni necessari per la tutela della salute dei cittadini, ma anche in relazione alle misure adottate dalle imprese per reagire alla crisi scatenata dall’emergenza pandemica, i cui effetti negativi si “scaricano” sui lavoratori che si trovano a valle delle catene di fornitura²⁷. Un plastico esempio di questa problematica è rappresentato dalle fragilità emerse in relazione all’approvvigionamento di guanti per gli operatori sanitari. La crisi pandemica, infatti, ha causato un’impennata della domanda di tali presidi sanitari²⁸, e conseguentemente l’aumento della “pressione” sugli stabilimenti di produzione situati a valle della catena globale di fornitura (ad esempio in Malesia, il primo fornitore mondiale di guanti per scopi sanitari). Per soddisfare l’aumento esponenziale delle commesse, i produttori in questi Paesi, hanno iniziato a sottoporre i dipendenti a turni di lavoro straordinari, spesso rischiando di violare quella norma consuetudinaria, appartenente al novero delle norme di *jus cogens*, che vieta il ricorso allo sfruttamento della manodopera o al lavoro forzato. Trattasi di una norma che oramai è considerata direttamente applicabile anche agli attori privati, incluse le imprese, come testimoniato dal crescente numero di pronunce di corti nazionali che decidono in tal senso. Tra le ultime, merita di essere segnalata la decisione della Corte suprema del Canada nel caso *Nevsun*. In tale decisione i giudici canadesi hanno stabilito che il diritto internazionale consuetudinario a carattere cogente, ad es. le norme che vietano il lavoro forzato, la schiavitù, i trattamenti crudeli, inumani e degradanti e i crimini contro l’umanità, si applica direttamente alle società canadesi e che queste ultime, pertanto, possono essere citate in giudizio per violazioni di

²⁵ Sul punto cfr. V. GRADO, *Conflict minerals e responsabilità sociale d’impresa: le azioni dell’ONU, dell’OCSE e della conferenza internazionale sulla regione dei grandi laghi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, p. 833 ss., pp. 849-850.

²⁶ In materia cfr. C. GULOTTA, *Le fragilità delle catene di fornitura globali di fronte all’emergenza da COVID-19*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell’emergenza COVID-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, p. 103 ss.

²⁷ Cfr. OECD, *COVID-19 and Responsible Business Conduct*, 16 aprile 2020, p. 4.

²⁸ See L. LEE, “World’s largest glove maker sees shortage as coronavirus fight spikes”, *Reuters Business News*, 29 marzo 2020.

norme internazionali sui diritti umani che si verificano all'estero²⁹.

Ebbene, con riguardo alle catene di approvvigionamento, la responsabilità da collegamento si fonda proprio sulla circostanza che a causa del loro potere di fissare i prezzi e le quantità di beni ordinati, le imprese che si trovano al vertice di siffatte catene possono influenzare le attività delle imprese che sono situate a valle delle stesse. Con specifico riferimento alla crisi da COVID-19, siffatta capacità di influenzare, implica per le imprese al vertice della catena la “responsabilità” di adottare le misure necessarie per evitare che i dipendenti dei loro subappaltatori e fornitori lungo l'intera catena di approvvigionamento possano subire, a causa della pandemia, impatti negativi sul loro diritto alla salute o alla sicurezza sul lavoro. La crisi pandemica, insomma, ha messo in risalto la necessità di *ripensare* il modello delle catene di approvvigionamento con l'obiettivo di fare in modo che «responsible business conduct and sustainable supply chains [be] the norm»³⁰. La domanda da porsi, allora, è: in che modo le aziende possono raggiungere tale obiettivo?

5. La *due diligence* di impresa sui diritti umani e l'emergenza da COVID-19

La risposta è fornita da quella parte dei Principi guida (Principi da 15 a 17) che richiede alle imprese di utilizzare idonei processi interni di *due diligence* allo scopo di far fronte alla propria responsabilità di rispettare i diritti umani. La necessità di prevenire le violazioni dei diritti umani che possono scaturire dalle misure di contrasto al COVID-19, insomma, impone alle imprese di valutare ed analizzare il proprio impatto sui diritti umani, ivi incluso quello che si verifica lungo le catene di approvvigionamento, attraverso un processo di *due diligence*. Più in particolare, la *due diligence* aziendale sui

²⁹ Il caso riguardava nello specifico la richiesta di risarcimento dei danni subiti da un gruppo di lavoratori eritrei che erano stati sottoposti ad un regime di lavoro forzato da parte di una impresa mineraria eritrea controllata dalla compagnia canadese. La Corte suprema ha concluso che non vi fossero impedimenti legislativi e procedurali di diritto interno di ostacolo ai lavoratori eritrei per porre un ricorso contro la Nevsun davanti ai tribunali canadesi e chiedere un risarcimento per le violazioni subite (cfr. Corte suprema del Canada, sentenza del 28 febbraio 2020, 2020 SCC 5 (CanLII), *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, in particolare par. 100-103, 113-114, 119-122). In materia cfr. A. CALIGIURI, *La corporate civil liability nell'ordinamento giuridico canadese*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 607 ss.

³⁰ Cfr. lo *Statement* del Commissario europeo alla Giustizia Didier Reynders nel corso del webinar su *Responsible Business Conduct* e relativo al processo di adozione di una legislazione obbligatoria sulla *due diligence* sui diritti umani nell'ordinamento dell'Unione (www.responsiblebusinessconduct.eu).

diritti umani «consists in an on-going management process that a reasonable and prudent corporation has to undertake in order to meet its responsibility to respect human rights»³¹; un processo che deve essere utilizzato per identificare, prevenire e mitigare il proprio impatto negativo sui diritti umani e che comprende almeno le seguenti quattro componenti fondamentali: *a*) identificare e valutare gli impatti negativi, reali o potenziali, sui diritti umani; *b*) integrare e agire in base ai risultati; *c*) tracciare le risposte; *d*) comunicare come vengono affrontati gli impatti. Abbiamo già avuto occasione di evidenziare altrove³² il carattere “binario” di questo istituto che, a ben vedere, fonde due nozioni di *due diligence* provenienti da due differenti aree disciplinari: la nozione di *due diligence* applicata nella prassi di *business governance* con quella applicata nell’ambito del sistema internazionale sui diritti umani. Mentre nella prima area la *due diligence* consiste in uno strumento di valutazione dei rischi collegati a determinate scelte aziendali, che persegue l’obiettivo di «identifying intangible factors responsible for undetected and therefore unmanaged risks leading to a common decision based in multi-actor situations facing intangibles and complexity»³³, nella seconda area la *due diligence* è espressione invece di uno standard di condotta, che discende da un obbligo positivo, che deve essere adoperato al fine di evitare di incorrere nella violazione dei diritti umani di terze persone. Insomma, pare a chi scrive che la nozione di *due diligence* aziendale sui diritti umani contenuta nei Principi guida aspiri ad adattare la *due diligence* in materia di diritti umani, così come applicata all’interno del sistema internazionale sui diritti umani, con l’approccio manageriale alla *due diligence* aziendale³⁴. Ne

³¹ Cfr. UN Human Rights Office of the High Commissioner, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, 2012, p. 6.

³² Cfr. M. FASCIGLIONE, *The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the EU Countries Legal Systems*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2016, p. 94 ss.

³³ KNECHT, V. CALENBUHR, *Using Capital Transaction Due Diligence to Demonstrate CSR Assessment in Practice*, in *Corporate Governance*, 2007, p. 423 ss., in particolare p. 425.

³⁴ Sulla natura “binaria” della *due diligence* aziendale sui diritti umani contenuta nei Principi guida, oltre al nostro M. FASCIGLIONE, *The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of the EU Countries*, cit., si veda anche J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 899 ss. In generale, in materia rinviando a D. DAVITTI, *Refining the Protect, Respect and Remedy Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles*, in *Human Rights Law Review* 2016, p. 55 ss.; O. MARTIN-ORTEGA *Human rights due diligence for corporations: From voluntary standards to hard law at last?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 44 ss.; T. LAMBOOY, *Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2010, p. 404 ss.. Vanno segnalati altresì lo studio condotto dall’*International Law Association (ILA, Study*

discende che la *due diligence* aziendale sui diritti umani può essere inclusa all'interno dei tradizionali sistemi di gestione del rischio d'impresa, a condizione che l'attività di valutazione da parte dell'impresa vada oltre la mera identificazione e gestione dei rischi esistenti per l'azienda stessa ed includa altresì i rischi per gli individui che possono subire delle violazioni dei diritti umani. Dal punto di vista operativo, poi, la *due diligence* sui diritti umani deve essere avviata il prima possibile e idealmente sin dall'inizio di una nuova attività o una nuova relazione commerciale, posto che i rischi sui diritti umani possono essere accrescersi, oppure possono essere mitigati dall'impresa, sin dalla fase di strutturazione dei contratti o di altri accordi, o essere "ereditati" attraverso le operazioni di fusione o di acquisizione. *Last but not the least*, la *due diligence* sui diritti umani deve, nei limiti del possibile, coprire anche l'intera catena del valore dell'impresa³⁵.

Ora, è di palmare evidenza che il processo di valutazione dei rischi contenuto nella *due diligence* d'impresa sui diritti umani, ha un ruolo da giocare in presenza di fattispecie in cui, come la crisi pandemica in atto, le imprese, chiamate a non interrompere le proprie attività, devono dimostrare di aver adottato le misure atte a garantire i massimi livelli possibili di sicurezza e salute sul lavoro in favore dei propri dipendenti. I Principi guida applicano quest'onere di diligenza anche nei confronti dei lavoratori delle *supply chain* e richiedono alle imprese di valutare i rischi per i diritti alla vita, alla salute e a un ambiente di lavoro sicuro e sano per tale categoria di lavoratori, per il loro diritto alla protezione sociale (art. 9 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali) e per quello alla libertà di associazione e alla contrattazione collettiva. In altri termini, nell'affrontare le criticità derivanti dall'emergenza da COVID-19 alle imprese è richiesto di non limitarsi ad assicurare solamente, ove possibile, la continuità del business e dell'azione aziendale, ma anche la protezione ed il rispetto dei diritti di individui e comunità di persone, in linea con le migliori prassi accettate a livello

Group on Due Diligence in International Law, Second Report, luglio 2016) e quello pubblicato dalla Commissione europea nel 2020 (L. SMIT, C. BRIGHT, R. MCCORQUODALE, *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*, febbraio 2020, www.op.europa.eu).

³⁵ Ovviamente, quando le imprese hanno un gran numero di enti presenti nella loro catena del valore, può essere oltremodo irragionevolmente imporre che l'impresa conduca una *due diligence* sugli impatti negativi sui diritti umani in relazione a tutti siffatti enti. In questa ipotesi, piuttosto, le imprese dovrebbero identificare delle aree generali in cui il rischio di impatto negativo sui diritti umani risulti più significativo, sia a causa del contesto operativo di certi fornitori o clienti, sia a causa del particolare tipo di operazioni, prodotti o servizi oggetto della relazione commerciale, sia a causa di altre considerazioni, e dare priorità a queste per la *due diligence* sui diritti umani.

internazionale stabilite dall'OMS, dall'OIL e dalle altre istituzioni internazionali per i diritti umani.

6. La fase *post-pandemica*: verso una normativa europea in tema di *due diligence* d'impresa in materia di diritti umani

Sebbene la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani e la stessa *due diligence* aziendale sui diritti umani siano degli standard di *soft law*, quindi non vincolanti, nulla impedisce una loro “normativizzazione” attraverso lo sviluppo di legislazioni *ad hoc*³⁶. Proprio da questa prospettiva, sviluppi degni di nota hanno avuto luogo in diverse giurisdizioni statali oppure nell’ambito di sistemi regionali di armonizzazione normativa con l’introduzione di normative che incoraggiano o rendono obbligatoria la *due diligence*, oppure il *reporting* sui diritti umani. Tali normative impongono alle imprese specifici obblighi dal punto di vista della protezione dei diritti umani anche in relazione all’impatto negativo su di essi derivante dalle misure che le aziende devono adottare per prevenire il contagio da COVID-19.

Le misure in esame sono riconducibili sostanzialmente a due modelli regolamentari prevalenti: *a*) un primo modello regolamentare caratterizzato dall’incorporazione della *due diligence* in normative che fissano l’obbligo per le imprese di rendicontare il proprio impatto sui diritti umani o su singole questioni ad essi attinenti (c.d. *mandatory reporting*); *b*) un secondo modello regolamentare, rappresentato da quelle normative che fissano sulle imprese degli “autonomi” obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani.

Nelle legislazioni appartenenti al primo modello regolamentare gli obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani sono previsti solo *in via indiretta*, nel senso che essi sono obblighi accessori di altri obblighi fissati per le imprese, ad esempio obblighi di rendicontazione. Esempi di tale modello regolamentare sono molteplici. Negli Stati Uniti il *California Transparency in Supply Chains Act* del 2010 richiede ai grandi venditori al dettaglio e produttori che fanno affari in California di rivelare i loro sforzi per sradicare la schiavitù e il traffico di esseri umani dalle loro catene di approvvigionamento³⁷. Nel Regno Unito, la Sezione 54 del *Modern Slavery Act* adottato

³⁶ C. BRIGHT, C. MACCHI, *Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds), *Legal Sources in Business and Human Rights*, 2020, p. 218 ss.

³⁷ Cfr. *California Transparency in Supply Chains Act* 2010 (US), s 1714.43(a)(1). Circa la letteratura in materia, cfr. B.T. GREER, J. PURVIS, *Corporate Supply Chain Transparency:*

nel 2015, nel prevedere una specifica disposizione in relazione agli obblighi di trasparenza nella catena di fornitura, fissa per ogni impresa le cui attività ricadano nel suo ambito di applicazione un obbligo di preparare per ogni anno finanziario una dichiarazione in materia di tratta di esseri umani. Tale dichiarazione *deve* includere anche informazioni relativamente ai processi di *due diligence* posti in essere in relazione alla prevenzione del rischio di utilizzo di lavoro in condizioni di schiavitù e del traffico di esseri umani nell'ambito delle sue attività e delle sue catene di approvvigionamento³⁸. Similmente, nell'ordinamento dell'Unione europea, la direttiva 95/2014 sulla divulgazione delle informazioni di carattere non finanziario da parte delle grandi imprese, introduce l'obbligo per le imprese di determinate dimensioni di pubblicare annualmente una relazione circa i risultati di carattere non finanziario, inclusi quelli relativi, tra le altre cose, ai diritti umani, all'ambiente e ad altri aspetti sociali³⁹. In particolare, alle imprese è posto l'obbligo di segnalare i rischi di impatto negativo derivanti non solo dalle proprie attività, ma anche da quelle collegate alle loro operazioni, prodotti, servizi e relazioni commerciali, ivi inclusi i rischi derivanti dalle catene di fornitura e subappalto⁴⁰, in linea con i requisiti fissati dai Principi guida. Tuttavia, la direttiva non obbliga le aziende che rientrano nel suo ambito di applicazione ad adottare delle *policy* aziendali relativamente a tali questioni: più semplicemente essa richiede loro di comunicare i motivi che giustificano la mancata adozione delle *policy*⁴¹.

Al secondo modello regolamentare, invece, sono ascrivibili quelle normative che fissano *in via diretta* per le imprese un obbligo di *due diligence* in materia di diritti umani. Gli elementi di base di tale obbligo sono normalmente mutuati dal secondo Pilastro dei Principi guida e prevedono, pertanto, una procedura di identificazione dei rischi, l'obbligo di agire e quello di comunicare le misure adottate, ivi compresi i risultati ottenuti. In alcuni casi le normative di tale modello collegano esplicitamente gli obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani delle imprese alla responsabilità da risarcimento del danno in caso di violazioni. Negli ultimi anni gli strumenti

California's Seminal Attempt to Discourage Forced Labour, in *The International Journal of Human Rights*, 2016, p. 55 ss.

³⁸ Cfr. Home Office, *Modern slavery reporting during the coronavirus (COVID-19) pandemic*, 20 aprile 2020, www.gov.uk.

³⁹ Cfr. direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

⁴⁰ Cfr. art. 19a, par. 1, lett. d), ed il preambolo, par. 8.

⁴¹ Cfr. art. 19a, par. 1.

appartenenti a tale modello regolamentare sono in crescita. Alcune di queste normative si caratterizzano per un approccio settoriale limitando la loro applicazione a specifici settori industriali o determinate problematiche sui diritti umani. Altre, invece, hanno un approccio ampio applicandosi orizzontalmente a differenti problematiche e/o a differenti settori industriali. Tra gli esempi di strumenti normativi a carattere settoriale si segnala la normativa dell'Unione europea che ha introdotto l'obbligo di *due diligence* sui diritti umani per gli importatori dei minerali provenienti da zone di conflitto (i c.d. *conflict minerals*)⁴² e quella sugli obblighi per gli operatori che commercializzano legname e prodotti del legno nel mercato unico europeo⁴³. Analogamente, ma questa volta dal punto di vista degli ordinamenti degli Stati, possono essere ricondotti a tale modello regolamentare la normativa adottata dai Paesi Bassi in materia di contrasto al lavoro minorile⁴⁴ che impone alle imprese che vendono beni o servizi ai consumatori olandesi un obbligo *due diligence* finalizzato ad impedire la fornitura siffatti beni o servizi ottenuti mediante l'utilizzo di lavoro minorile: a tal fine alle imprese è richiesto di identificare e prevenire il lavoro minorile nelle rispettive catene di approvvigionamento. Si applica invece orizzontalmente la legge francese del 27 marzo 2017 sul *devoir de vigilance*, che costituisce, nel momento in cui scriviamo, la normativa nazionale maggiormente all'avanguardia in materia⁴⁵. La *Loi* francese introduce un obbligo generale di *due diligence* in

⁴² Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio. In proposito, cfr. V. GRADO, *The EU "Conflict Minerals Regulation": Potentialities and Limits in the Light of the International Standards on Responsible Sourcing*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2017, pp. 235-257. Negli Stati Uniti il *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* 2010 (US), s. 1502(b)(p)(1)(a), richiede alle imprese di adottare degli standard di *due diligence* allorquando l'impresa determini di utilizzare nell'ambito delle proprie attività minerali provenienti da aree di conflitto (sul punto cfr. O. MARTIN-ORTEGA, *Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 44 ss., in particolare p. 55-57).

⁴³ Cfr. regolamento (UE) N. 995/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati.

⁴⁴ Cfr. *Child Labour Due Diligence Law* [Wet zorgplicht kinderarbeid], adottata il 14 maggio 2019 ma non ancora in vigore (in proposito cfr. C. BRIGHT, C. MACCHI, *Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, cit.).

⁴⁵ Cfr. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. In materia cfr. S. BRABANT, E. SAVOUREY, *French Law on the Corporate Duty of Vigilance. A Practical and Multidimensional Perspective*, in *Revue*

materia di diritti umani per le imprese di grandi dimensioni, con più di cinquemila dipendenti con sede in territorio francese, oppure con almeno diecimila dipendenti con sede in territorio francese o all'estero. Tali imprese sono destinatarie del triplice obbligo di *a)* predisporre, *b)* divulgare e *c)* attuare un piano di vigilanza. Di particolare rilievo il fatto che gli obblighi di *due diligence* sanciti dalla legge francese non si applicano solo alle attività delle imprese francesi o aventi sede in quel Paese ma anche alle attività delle loro filiali e delle società direttamente o indirettamente controllate, nonché alle attività dei subappaltatori e dei fornitori con i quali l'impresa mantiene consolidate relazioni commerciali.

Altro aspetto meritevole di interesse della normativa francese è che essa collega esplicitamente alla mancata osservanza dell'obbligo di *due diligence* dei meccanismi sanzionatori. In effetti, in caso di mancato adempimento dell'obbligo di diligenza, le parti interessate possono mettere in mora (*mise en demeure* nel testo francese) l'impresa non ottemperante ad adottare e dare attuazione al piano di vigilanza. Qualora l'impresa non si adegui entro il termine di tre mesi dalla messa in mora, i tribunali interni competenti, su richiesta delle parti interessate, possono ingiungere all'impresa di provvedere, prevedendo il pagamento di una penalità (c.d. *astreinte* nel testo francese) nel caso di ritardo all'esecuzione dell'ingiunzione, calcolata su base giornaliera, settimanale o mensile⁴⁶. In aggiunta, la normativa prevede un regime di responsabilità civile in base al quale le parti interessate possono intentare un'azione civile, secondo i principi generali della legge francese sulla responsabilità civile (art. 1240 e 1241 del codice civile francese) ogni volta che l'inosservanza da parte di un'impresa degli obblighi stabiliti dalla normativa origini un danno. Nel giugno 2021, seguendo il solco tracciato dalla legislazione francese del 2017, anche la Germania ha adottato una normativa dello stesso tenore, che fissa per le imprese aventi in quel Paese la propria sede legale, o una sede operativa, obblighi di *due diligence* concernenti il rispetto dei diritti umani e di determinati standard ambientali lungo le loro catene di

internationale de la compliance et de l'éthique des affaires – Dossier thématique, supplément à la semaine juridique entreprise et affaires, 2017.

⁴⁶ Cfr. l'art. 1, sesto capoverso, della *Loi* del 2017. Il meccanismo di messa in mora è stato utilizzato ad oggi in diversi casi riguardanti operazioni economiche di alcune grosse imprese francesi come Total, in relazione alla mancata adozione di un piano di vigilanza sufficientemente adeguato alla prevenzione dei danni all'ambiente e al clima causati dalle sue attività (cfr. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, "L'entreprise Total assignée pour non-respect du devoir de vigilance : vers un premier procès climatique", *Le club des juristes*, 28 febbraio 2020), e EDF, in relazione ai suoi doveri di vigilanza circa la realizzazione di un progetto di un parco eolico nello Stato messicano di Oaxaca (*EDF assigné en justice pour ses activités au Mexique*, 13 ottobre 2020, www.asso-sherpa.org).

approvvigionamento⁴⁷.

Il quadro che abbiamo tracciato fissa le linee di sviluppo del futuro quadro normativo europeo, ed internazionale, relativamente ad una *governance* societaria responsabile e sostenibile dal punto di vista ambientale e sociale. Si tratta di linee evolutive che le imprese devono prendere in considerazione per affrontare le dinamiche della produzione globale nella società *post*-pandemia, e il rischio di impatti negativi sui diritti umani⁴⁸.

7. Conclusioni: attori, responsabilità e diritti nella società *post*-pandemica

A ben vedere, la pandemia è destinata a mutare tanto l'assetto della società contemporanea quanto le categorie concettuali che le scienze sociali hanno utilizzato sino ad oggi per spiegarla ed interpretarla⁴⁹. Essa evidenzia l'insostenibilità ambientale e sociale del sistema attuale di produzione e distribuzione e l'incapacità di molte imprese di assicurare il rispetto dei diritti umani, i limiti degli standard volontari, nonché gli *accountability gaps* del modello delle *supply chain*. In particolare, l'emergenza da COVID-19 evidenzia, semmai fosse ancora necessario, l'inadeguatezza di alcune delle categorie concettuali utilizzate per "comprendere" le dinamiche che si dipanano all'interno della comunità internazionale e la necessità, anche in relazione al sistema internazionale di protezione dei diritti umani, di una loro

⁴⁷ Cfr. *Law on corporate due diligence in supply chains [Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz]* adottato l'11 giugno 2021. A differenza di quanto sancito dal precedente francese, però, la normativa tedesca non stabilisce uno specifico meccanismo di responsabilità civile per i casi di non-compliance, bensì solo un sistema di ammende e di multe da comminare alle imprese inadempienti. Circa il processo che ha condotto alla legge e per alcune prime valutazioni rinviamo al blog del *Business & Human Rights Resource Centre*, www.business-human-rights.org.

⁴⁸ Significativamente è del 2020 l'avvio di una iniziativa legislativa destinata ad introdurre un generale obbligo di *due diligence* in materia di diritti umani per le aziende europee. Una prima bozza preparata dal Parlamento europeo, è stata resa pubblica l'11 settembre 2020 (v. progetto di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio su *Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, www.europarl.europa.eu) poi approvata nella risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese, del 10 marzo 2021.

⁴⁹ Per quanto riguarda le modalità con cui la crisi pandemica da COVID-19 può avere un impatto sui diversi settori dell'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo, si veda lo *special issue* su *The International Legal Order and the Global Pandemic* de *The American Journal of International Law*, (per una analisi generale dei problemi sollevati da questo punto di vista, cfr. C.A. BRADLEY, L.R. HELFER, *Introduction to "The International Legal Order and the Global Pandemic"*, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 571 ss.

“palingenesi”⁵⁰. In effetti, come abbiamo già avuto modo di osservare in altre sedi, «l'intrinseca “dinamicità” dei destinatari passivi delle norme sui diritti umani»⁵¹ spinge a considerare che le violazioni dei diritti umani oggi-giorno avvengono in un quadro caratterizzato da azioni congiunte e coordinate tra le diverse categorie di attori che “partecipano”⁵² ai relativi processi di responsabilizzazione. Siffatti “processi” originano responsabilità “complementari” e “condivise”⁵³ o addirittura «circolari» in quanto non più ancorate esclusivamente al «“vertical” study of the responsibilities and accountability of certain categories of actors (e.g. *states or corporations*)»⁵⁴.

Nella società *post*-pandemica sarà necessario affrontare e sistematizzare questi processi. Di conseguenza, la sfida che ci attende oggi è quella di riflettere su come riformulare nozioni come soggetti, responsabilità, produzione normativa, ecc. che dovranno essere utilizzate per “decodificare” la realtà fenomenica del *futuro*. Da questo punto di vista, l'emergenza da COVID-19, come ogni “crisi”, costituisce, per l'ordinamento internazionale, un “pericolo”, certo, ma anche una sfida ed una “opportunità” ... da cogliere per ridare centralità al valore della dignità umana e per realizzare un «world order producing and distributing those values»⁵⁵ accanto a quelli economici.

⁵⁰ Cfr. K BENNOUNE, “*Lest We Should Sleep*”: COVID-19 and Human Rights, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 666 ss., che sostiene la necessità di costruire risposte olistiche dal punto di vista della tutela dei diritti umani all'emergenza pandemica, che prendano in considerazione anche le responsabilità degli attori non statali, dalle istituzioni finanziarie internazionali alle imprese transnazionali.

⁵¹ M. FASCIGLIONE, *A Binding Instrument on Business and Human Rights as a Source of International Obligations for Private Companies: Utopia or Reality?*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds), *op. cit.*, p. 31 ss., in particolare p. 40.

⁵² Circa la nozione di “partecipanti” cfr. R. HIGGINS, *Problems and Process International Law and How We Use It*, Oxford, 1995, p. 39 ss.

⁵³ Sulle implicazioni teoriche e pratiche delle *shared responsibilities* di imprese e di Stati, v. l'analisi di A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, *Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework*, in *Michigan Journal of International Law*, 2013, p. 359 ss.; M. KARAVIAS, *Shared Responsibility and Multinational Enterprises*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, p. 91 ss.

⁵⁴ See C. MACCHI, “We Will not Survive Pandemics and Climate Change Without a Shift from Corporate Capture to Circular Responsibility”, *Cambridge Core Blog*, 4 aprile 2020.

⁵⁵ M. REISMAN, S. WIESSNER, A.R. WILLARD, *The New Haven School: A Brief Introduction*, in *The Yale Journal of International Law*, 2007, p. 575 ss., p. 582.

Carceri al tempo del COVID-19: le sollecitazioni degli organismi internazionali

PATRIZIO GONNELLA*

SOMMARIO: 1. Gli effetti sociali della pandemia fuori e dentro le carceri. – 2. Il sovraffollamento nel mondo, in Europa e in Italia. – 3. L'osservazione empirica delle carceri in Italia. – 4. L'Italia carceraria e i documenti delle organizzazioni internazionali su carceri e COVID-19. – 5. I contagi nelle carceri e la campagna di vaccinazione.

ABSTRACT: L'endemico problema del sovraffollamento delle carceri, non solo in Italia, a partire dal marzo 2020 è divenuto anche tema urgente di salute individuale e pubblica. Il distanziamento fisico necessario per evitare il proliferarsi dei contagi è impossibile da assicurare in strutture dove le persone private della libertà sono costrette a dividersi spazi eccessivamente limitati. Nel 2013 l'Italia era stata condannata dalla Corte EDU nel caso *Torreggiani* con una sentenza pilota. All'origine della decisione vi era la mancata garanzia dello spazio vitale ai detenuti. Gli organismi internazionali, nella primavera del 2020, hanno sollecitato gli Stati ad assumere misure dirette a deflazionare le presenze nelle carceri. Non sempre e non dappertutto ciò è avvenuto. Nel nostro Paese sono state adottate misure legislative che hanno solo parzialmente ridotto i numeri della carcerazione. Il confronto con altri Stati evidenzia come un po' dappertutto non siano stati assunti provvedimenti incisivi nel timore delle reazioni dell'opinione pubblica. A partire da gennaio 2021 si è infine posto il tema dell'avvio della campagna vaccinale e dell'inserimento della comunità penitenziaria tra le categorie prioritarie alle quali assicurare protezione immunitaria, allo scopo di consentire il progressivo ritorno alla normalità della vita penitenziaria.

PAROLE CHIAVE: Carceri – sovraffollamento – spazio – contagiosità – prevenzione – vaccino.

1. Gli effetti sociali della pandemia fuori e dentro le carceri

Gli effetti sociali del coronavirus costituiscono una metafora della condizione carceraria. Siamo stati tutti prigionieri nelle nostre case, costretti ad assaggiare forzatamente frammenti di detenzione. Fino a questo momento, però, questo stato globale e permanente di reclusione non si è tradotto in una spinta a produrre azioni dirette a favorire in modo significativo il distanziamento sociale all'interno delle prigioni. Un distanziamento reso complesso dalla situazione generalizzata, non solo dunque italiana, di sovraffollamento della popolazione detenuta, costretta a vivere in prigioni spesso

* Ricercatore di Filosofia e sociologia del diritto, Università Roma Tre, Antigone, gonnella@antigone.it.

malsane. Tale situazione è stata posta al centro delle preoccupazioni degli organismi internazionali che si occupano di privazione della libertà. L'esperienza universale di semi-detenzione domiciliare non ha favorito un percorso di immedesimazione del cittadino recluso in casa per motivi legati alla pandemia con la condizione del cittadino privato della libertà in carcere per motivi di giustizia. Resta forte il sentimento di distanza e diffidenza verso chi ha commesso un reato o è accusato di averlo commesso. L'empatia quale motore per il riconoscimento dei diritti fondamentali¹ fa fatica a funzionare laddove forte è il giudizio morale verso chi ha infranto la legge. Dunque, nonostante le prese di posizione delle più alte autorità pubbliche e religiose, a partire da papa Francesco che nella Via Crucis pasquale del 2020, in pieno *lockdown*, in una diretta televisiva su scala mondiale cedette la parola ai detenuti e alle loro storie, il processo di empatia non ha prodotto indignazione e solidarietà. Non si è prodotto quel circolo virtuoso che avrebbe dovuto condurre a destrutturare le pulsioni di vendetta che sono alla base dell'ondata populista penale che ha travolto negli ultimi decenni le democrazie liberali, favorendo politiche di internamento di massa. La *mass incarceration* ebbe origine negli Stati Uniti a cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso. Da allora è trascinata verso l'Europa determinando una crescita enorme della popolazione detenuta.

2. Il sovraffollamento nel mondo, in Europa e in Italia

Il primo sguardo non può che essere rivolto ai numeri globali della detenzione che consentono di inquadrare quantitativamente il problema del sovraffollamento. Sono ben oltre undici milioni i detenuti nel pianeta, senza contare gli immigrati reclusi nei centri amministrativi di detenzione in attesa di espulsione. C'è chi ha evocato un'immagine suggestiva per descrivere l'impatto quantitativo della reclusione penale nel mondo: se tutti i detenuti si tenessero per mano potrebbero abbracciare l'intera circonferenza dell'equatore. Le ricerche dell'*Institute for Crime & Justice Policy Research* (ICPR) dell'Università Birkbeck di Londra offrono il più completo *database* sui numeri della detenzione a livello universale². Ci sono Paesi dove il tasso di sovraffollamento è spropositatamente alto. Esso indica le presenze effettive nelle prigioni rispetto alla capacità ricettiva dichiarata (che già è poco rispettosa di standard abitativi dignitosi). In tantissimi Paesi, si legge nei

¹ L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Bari, 2010.

² *World Prison in Brief* è un *database* che offre *online* informazioni sulle carceri in tutti il mondo, www.prisonstudies.org.

rapporti degli organismi internazionali che hanno compiti di ispezione e monitoraggio delle condizioni di detenzione, le persone detenute vengono ammassate nelle celle, costrette a dormire per terra e a condividere un bagno alla turca in mezzo al camerone, senza alcun rispetto per la privacy. Condizioni di vita palesemente non rispettose della dignità umana, vero e proprio criterio di esigibilità dei diritti umani per le Corti sovranazionali e supreme³. Nella Repubblica del Congo il tasso di sovraffollamento raggiunge addirittura il 616 per cento. In base a rilevazioni ufficiali del novembre del 2019, dunque a pochi mesi dall'inizio della pandemia, nelle Filippine i detenuti erano circa 215 mila e il tasso di affollamento era pari al 463 per cento. Ad Haiti, il Paese terzo nelle classifiche mondiali per tasso di sovraffollamento, esso supera il 454 per cento. I detenuti rinchiusi nelle carceri asiatiche (ci sono in quell'area, si pensi all'Iran o all'India, Paesi fortemente colpiti dal COVID-19, pur mancando rilevazioni statistiche attendibili su quanto accaduto negli istituti di pena), centroamericane e africane si sono ritrovati ad affrontare l'emergenza pandemica in condizioni di per sé già fortemente degradate dal punto di vista igienico-sanitario. Gli Stati Uniti con i loro due milioni e 100 mila detenuti rinchiusi in ben seimila carceri federali, statali, locali, private, giovanili e militari producono un tasso di detenzione (rapporto tra il numero delle persone detenute e delle persone libere) tra i più alti al mondo. Un tasso di detenzione che però determina un sovraffollamento non generalizzato: in alcuni casi drammatico, in altri più gestibile. In Europa il riferimento all'Italia è paradigmatico. Il tasso di sovraffollamento ufficiale è oggi pari al 106 per cento. Come rileva l'associazione Antigone, nel suo ultimo rapporto presentato l'11 marzo 2021, la stessa amministrazione penitenziaria (DAP) ha riconosciuto formalmente che «il dato sulla capienza non tiene conto di eventuali situazioni transitorie che comportano

³ La Corte costituzionale tedesca, a seguito del ricorso di un detenuto che lamentava condizioni particolarmente dure di reclusione (ventitré ore su ventiquattro trascorse in una cella di otto mq da condividere con altro detenuto, peraltro fumatore), ha affermato che lo Stato deve garantire il pieno rispetto della dignità umana anche a condizione di rinunciare all'applicazione della pena (Corte costituzionale tedesca, sentenza del 22 febbraio 2011, 1 BvR 409/09, BVerG). La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha intimato alle autorità dello Stato della California di liberare alcune migliaia di detenuti, in quanto costretti a vivere in spazi insufficienti potenzialmente irrispettosi della dignità umana dei reclusi (Corte Suprema USA, ordinanza del 23 maggio 2011, n. 09-1233, *Brown Governor of California, et al. v. Plata et al.*). La Corte Costituzionale italiana, nel giudicare l'eventuale illegittimità dell'art. 146 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede tra le cause di rinvio obbligatorio della pena la mancanza di spazi vitali, pur ritenendo di non doversi sostituire al legislatore, ha sostanzialmente avvertito che qualora la situazione di affollamento e degrado non fosse mutata in tempi ragionevoli sarebbe comunque intervenuta a protezione della dignità umana delle persone detenute (Corte cost., sentenza del 9 ottobre 2013, n. 279).

scostamenti temporanei dal valore indicato». Secondo una rilevazione non contestata dal DAP i reparti chiusi riguarderebbero circa quattro mila posti, così il tasso di sovraffollamento effettivo, seppur ufficioso, salirebbe sino al 115 per cento. Essendo questo il dato medio, ciò significa che in alcuni istituti di pena esso supererebbe il 150 per cento approssimandosi addirittura al 200 per cento⁴. Secondo gli standard del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti (CPT)⁵, fatti propri dalla Corte EDU nella giurisprudenza in materia, che ha coinvolto anche l'Italia con la sentenza pilota nel caso *Torreggiani*⁶, ogni detenuto dovrebbe avere almeno tre metri quadri a disposizione per evitare che il trattamento a cui è sottoposto risulti essere in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, che proibisce la tortura e ogni forma di trattamento inumano, crudele o degradante. Tra i tre e i quattro metri quadri bisognerà, invece, valutare le condizioni di vita nelle carceri, ossia quanta socialità è garantita fuori dalla cella, la qualità della vita interna, le opportunità di natura trattamentale messe a disposizione della popolazione detenuta⁷.

3. L'osservazione empirica delle carceri in Italia

Cosa significa in concreto vivere in condizioni di affollamento carcerario? L'osservazione empirica aiuta a trasformare in immagini quello che la rilevazione statistica fredda non sempre riesce a chiarire e a evidenziare il *gap* tra norma e prassi. Nel 2020, nonostante la pandemia, l'associazione Antigone ha visitato quarantaquattro istituti di pena. Ne esce un quadro articolato, complesso, nel quale si è innestata l'epidemia. Nel 22.7 per cento dei luoghi visitati vi sono celle dove non sono assicurati i tre metri quadri a persona. Nel 9.1 per cento dei luoghi il riscaldamento non è garantito in tutte le celle. Nel 29.5 per cento delle celle visitate non è garantita la disponibilità di

⁴ Antigone, *XVII Rapporto sulle condizioni di detenzione, Oltre il virus*, 11 marzo 2021, www.rapportoantigone.it.

⁵ Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani e degradanti, *The CTP Standards*, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2006, del 2006. Il criterio usato dal CPT per gli spazi nelle celle delle carceri (considerato come un livello auspicabile piuttosto che uno *standard* minimo) è lo stesso usato nel valutare le celle di polizia: vanno assicurati nel caso di cella singola almeno sette metri quadrati, due metri o più tra le pareti, due metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto.

⁶ Corte EDU, sentenza dell'8 gennaio 2013, ric. n. 43517/09, 46882/09 e 55400/09, *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁷ Corte EDU, sentenza del 12 marzo 2015, ric. n. 7334/13, *Muršić c. Croazia*.

acqua calda. Nel 47.7 per cento delle celle non vi è doccia. Nel 38.6 per cento delle celle vi sono schermature alle finestre che non favoriscono l'ingresso di luce naturale. Nel 77.3 per cento dei casi non è prevista una separazione dei giovani adulti (meno di venticinque anni) dai più grandi. Nel 50 per cento dei casi vi sono spazi attualmente non uso per ristrutturazione o inagibilità. Nel 79.5 per cento degli istituti non c'è uno spazio ad *hoc* per i detenuti di culto non cattolico. Nel 15.9 per cento delle sezioni visitate non vi sono spazi per la socialità. Nel 36.4 per cento dei casi non è prevista una ammissione settimanale alla palestra o al campo sportivo. Nel 20.5 per cento dei luoghi non vi è un'area verde per i colloqui visivi nel periodo estivo. Nel 15.9 per cento dei casi non vi è un medico per tutte e 24 le ore. Nel 56.8 per cento delle carceri manca la cartella clinica digitalizzata. Nel 70.5 per cento dei luoghi manca un'articolazione per la salute mentale. Nel 15.8 per cento dei casi manca un servizio ginecologico per le donne detenute. Nel 34.1 per cento delle sezioni le celle non sono aperte otto ore al giorno. Solo il 22.7 per cento fa più di quattro ore d'aria al giorno. Nel 54.5 per cento delle sezioni i detenuti non possono spostarsi in autonomia. Nel 52.3 per cento dei casi non vi è possibilità di colloquio visivo la domenica e nel 25 per cento mai di pomeriggio. Nel 31.8 per cento dei casi è possibile prenotare un colloquio per un parente anche via internet. Nel 95.5 per cento dei casi è previsto il colloquio con i parenti via skype. Nel 54.5 per cento dei casi non vi è mai possibilità di uso della rete internet. Tantissime e profonde sono le differenze da istituto a istituto. I problemi strutturali sono notevoli e spesso alla base di diritti non assicurati.

4. L'Italia carceraria e i documenti delle organizzazioni internazionali su carceri e COVID-19

Se questo è il contesto penitenziario, possiamo dirci lontani da quel distanziamento fisico raccomandato dall'OMS⁸, non solo per i cittadini liberi, ma anche per chi vive negli istituti penitenziari. Le FAQ dell'OMS orientano gli Stati verso scelte di prevenzione e decongestionamento delle carceri. L'emergenza coronavirus nelle prigioni non è però solo una questione di salute pubblica. Essa si immette all'interno di un mondo, quello penitenziario, che ha una sua tragica essenza patologica. I rischi da contagio producono ansia, solitudine, paura, panico, disperazione, disagio psichico che si

⁸ OMS, *FAQ: Prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*, www.euro.who.int.

aggiungono alla sofferenza connaturata alla pena e possono determinare una crescita esponenziale della violenza verso sé stessi e verso gli altri, nonché l'incremento di atteggiamenti auto-distruttivi. Ciò è accaduto in Italia, con le rivolte avvenute agli inizi di marzo 2020 e i tredici morti negli istituti di Modena e Rieti. Le Dichiarazioni di principi in materia di COVID-19 del CPT⁹ e del Sotto-Comitato delle nazioni Unite per la prevenzione della tortura¹⁰ presuppongono tutto questo. Esse acquistano un particolare rilievo in quanto provengono da organismi sovra-nazionali che hanno compiti di monitoraggio e di ispezione fondati sull'osservazione diretta e non sull'analisi da *desk* del quadro normativo nazionale. Non è un caso che le due Dichiarazioni siano tra loro sovrapponibili e si muovano nella stessa direzione. Volendo sintetizzarne i contenuti, esse contengono raccomandazioni rivolte agli Stati dirette a: assicurare ai detenuti un'adeguata informazione sanitaria sui rischi da contagio; prevedere un'ampia disponibilità di prodotti igienico-sanitari sia per i detenuti sia per il personale; accrescere le forme di contatto a distanza con i familiari che compensino la riduzione o l'azzeramento dei colloqui visivi allo scopo di non trasformare le misure di prevenzione medica in azioni vessatorie; assumere provvedimenti diretti alla deflazione carceraria. La Dichiarazione del CPT è del 20 marzo 2020, ed è stata pertanto scritta e divulgata nel cuore della prima ondata pandemica. Essa si fonda sul principio di non-discriminazione nella promozione e protezione del diritto alla salute. Si ribadisce che i detenuti debbano godere di prestazioni mediche (sia nella fase della prevenzione sia in quelle della diagnosi e della terapia) identiche a quelle assicurate ai cittadini in stato di libertà. Ai sensi della medesima, non è mai giustificabile una differenziazione *in peius* del trattamento. Il CPT ritiene legittimo ogni sforzo diretto a evitare il contagio internamente alle carceri purché i provvedimenti assunti non si traducano nella compressione di diritti fondamentali. È, dunque, ragionevole sospendere le attività di intrattenimento o di trattamento non essenziali, ma non si può comprimere il diritto di accesso quotidiano all'aria aperta per almeno un'ora al giorno. Sta all'amministrazione penitenziaria assicurare un godimento di questo diritto scaglionato nella giornata. Un tema di particolare rilievo è quello dei contatti con il mondo esterno e con i familiari. La

⁹ Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti, *Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty*, CPT/Inf(2020)13 del 20 marzo 2020.

¹⁰ Comitato contro la tortura, Sotto-Comitato per la prevenzione della tortura e di altri trattamenti o pene inumani o degradanti, *Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to State Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic*, UN Doc. CAT/OP/10 del 25 marzo 2020.

legittimità delle restrizioni ai colloqui visivi è correlata dalla previsione contemporanea di un maggiore accesso a mezzi di comunicazione alternativi come le video-telefonate o le conversazioni tramite *Skype*. Seppur con ritardo, ciò è avvenuto anche in Italia: per la prima volta, con circolare del 23 marzo 2020, il DAP ha autorizzato l'uso di *Whatsapp audio e video* tramite *smartphone* di proprietà pubblica. In molti Paesi europei si stanno sperimentando nuove forme tecnologiche di corrispondenza tra il dentro e il fuori, così come monitorato dall'*European Prison Observatory*, network di organizzazioni della società civile e università sostenuto dall'Unione europea. Il detenuto non deve essere isolato dal proprio contesto socioaffettivo. Un tema delicato affrontato dal CPT è quello della prevenzione della violenza. Le proteste dei detenuti, che è presumibile insorgano, devono essere contenute senza eccessi sproporzionati nell'uso della forza e delle armi. I direttori devono prevenire il rischio di rappresaglia¹¹. Le garanzie fondamentali contro i maltrattamenti restano in piedi anche in condizioni di emergenza, quali quelle date dalla pandemia. Lo stress a cui il personale è sottoposto richiede, a sua volta, supporto psicologico costante. È più facile che poliziotti in condizione di *burn-out* commettano abusi o violenze. Il sostegno psico-sociale nei loro confronti è una misura suggerita a prevenzione dei maltrattamenti. Ovviamente, il tema centrale, al fine di evitare contagi a catena, è quello della deflazione carceraria e della riduzione dell'affollamento carcerario. Il CPT insiste affinché si ricorra a misure alternative alla privazione della libertà sia nella fase cautelare che in quella esecutiva della sentenza. Le indicazioni non possono che essere generiche in quanto devono valere per Paesi che hanno legislazioni penali e penitenziarie molto differenti e tradizioni giuridiche tra loro molto distanti. Un'attenzione particolare è rivolta però ai gruppi vulnerabili e/o a rischio, come gli anziani e le persone con patologie preesistenti, auspicando forme di detenzione domiciliare. Anche il Sotto-Comitato delle Nazioni Unite per la prevenzione della tortura spinge verso l'adozione di misure non custodiali, richiamando le *Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures* delle Nazioni Unite, anche dette *Tokyo Rules*, del 1990¹². In Italia il Governo ha inserito alcune norme all'interno del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse

¹¹ In Italia si sono aperte alcune inchieste per violenze perpetrate nei confronti dei detenuti nei giorni successivi alle proteste di inizio marzo 2020. Esposti in questo senso sono al vaglio dei magistrati a Santa Maria Capua Vetere, Milano, Pavia, Melfi. In alcuni casi viene contestato il reato di tortura introdotto nel 2017 nel codice penale (art. 513-bis).

¹² Assemblea generale, *United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures (The Tokyo Rules)*, UN Doc. N. A/RES/45/110-EN del 14 dicembre 1990.

all'emergenza epidemiologica da COVID-19", successivamente convertito con modificazioni, nella l. 24 aprile 2020, n. 27. Gli art. 123 e 124 del decreto-legge hanno modificato, seppur per un periodo determinato di tempo, le norme sulla detenzione domiciliare e la semilibertà. In realtà si è trattato di cambiamenti minimi: ci si è limitati a velocizzare i passaggi interni all'amministrazione penitenziaria ai fini dell'istruzione dell'istanza di detenzione domiciliare di coloro che hanno ancora diciotto mesi di pena da scontare. Allo stesso tempo, sono stati imposti alcuni limiti ulteriori rispetto a quelli preesistenti, di cui alla l. 26 novembre 2010, n. 199, ai fini del godimento della misura. Ad esempio, il detenuto non deve essere stato sanzionato disciplinarmente nell'anno precedente per fatti di particolare gravità, non deve avere partecipato alle rivolte degli inizi di marzo 2020. Infine, per accedere alla misura deve esserci la disponibilità in concreto dei braccialetti elettronici, salvo che il richiedente abbia un residuo pena da espiare inferiore ai sei mesi. Si è previsto, inoltre, che nel caso della semilibertà già *in itinere* il periodo notturno possa essere trascorso nel proprio domicilio anziché in carcere. Va detto che, prima ancora dell'entrata in vigore del citato d.l., il numero dei detenuti era già in calo di alcune migliaia di unità per almeno tre ordini di motivi: una parte della magistratura di sorveglianza aveva velocizzato notevolmente le proprie decisioni interpretando in forma estensiva la legislazione in corso; la riduzione del numero dei reati nelle città ha determinato un abbassamento del numero dei nuovi ingressi in stato di custodia cautelare; alcune procure hanno sospeso l'esecuzione di provvedimenti restrittivi nei confronti di persone a piede libero. I provvedimenti ora menzionati sono stati reiterati nelle varie fasi della pandemia¹³. Dunque, grazie alle norme e al lavoro degli operatori della giustizia in tutte le circoscrizioni, in dodici mesi (tra marzo 2020 e marzo 2021) il calo della popolazione detenuta in Italia è stato pari a 7.533 unità, corrispondente al 12.3 per cento del totale. Al 28 febbraio 2021 i detenuti erano 53.697. Erano, invece, 61.230 il 29 febbraio del 2020, a pochi giorni dai fatti di Codogno. L'emergenza sanitaria globale, dunque, ha investito drammaticamente il mondo delle prigioni e ha imposto un'attenzione istituzionale intorno allo stesso. Il monitoraggio da parte di organismi sovra-nazionali indipendenti, dei meccanismi nazionali di prevenzione (NPM) e delle organizzazioni non governative, come riconosciuto dal CPT, è ancora più necessaria in una fase complessa come quella attuale. Esso è una salvaguardia essenziale contro il rischio di maltrattamenti, discriminazioni, abusi. Gli Stati dovrebbero continuare a garantire,

¹³ Con il d.l. 30 aprile 2021, n. 56, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi" le misure sono state prorogate al 31 luglio 2021.

anche in piena pandemia, l'accesso degli organismi di controllo a tutti i luoghi di detenzione, in quanto l'emergenza, se non sottoposta a verifiche, rischia di tradursi in azioni illegittime.

5. I contagi nelle carceri e la campagna di vaccinazione

Cos'è accaduto nelle carceri italiane? Le carceri sono riuscite a non trasformarsi, come nel caso delle residenze per anziani, in pericolosi focolai? Le rilevazioni delle positività non sono fatte quotidianamente così come molto variegato, territorio per territorio, è lo *screening* epidemico con i tamponi antigenici o molecolari. In ogni caso, guardando alle tre ondate, risulta che il tasso di contagiosità in carcere è superiore a quello nella comunità libera. Guardando alla fotografia di un giorno, giusto per avere un'idea, al 9 marzo 2021 erano 468 i detenuti positivi al Coronavirus, pari allo 0.87 per cento del totale della popolazione detenuta contro lo 0.79 per cento della cittadinanza che vive in libertà. Da marzo 2020 a marzo 2021 diciotto sono stati i detenuti deceduti per COVID-19. Situazione ben più drammatica negli Stati Uniti d'America, dove, nella prima fase della pandemia, i diciannove più grandi focolai del Paese, secondo le rilevazioni dell'*American Civil Liberties Union*, hanno avuto origine in altrettante prigioni. Le cattive condizioni di vita e il sovraffollamento hanno aggravato il problema. Negli Stati Uniti il numero di detenuti è pari a 2.1 milioni e ben 398.167 sono stati fino al 10 marzo 2021 i detenuti contagiati. Sempre alla stessa data sono stati contati ben 2.483 detenuti deceduti a causa del contagio. Prima ancora che in Italia, proprio negli Stati Uniti, con senso pratico, è partita una campagna medica per mettere in sicurezza la comunità penitenziaria. L'*American Medical Association* ha raccomandato alle autorità statunitensi di inserire i detenuti tra le categorie da vaccinare prioritariamente. Il Comitato consultivo del *Centers for Disease Control and Disease Prevention* ha sostanzialmente lasciato ai governi statali la possibilità di vaccinare i detenuti tra i primi gruppi sociali. Il Governatore democratico del New Jersey Phil Murphy, tra i primi, ha autorizzato la vaccinazione dei detenuti partendo dalla *South Woods State Prison* di Bridgeton, la più grande struttura penitenziaria dello Stato. Anche i prigionieri degli stati del Massachusetts, Connecticut, Delaware, Maryland, Nebraska e New Mexico sono stati inseriti nella prima fascia di vaccinazione. In Canada alcune centinaia di detenuti ristretti nelle carceri federali hanno cominciato a ricevere i vaccini COVID-19 nell'ambito di un progetto pilota partito a gennaio 2021. Di fronte alle critiche il ministro della Pubblica Sicurezza Bill Blair ha difeso l'approccio del Governo federale, affermando

perentoriamente che il linguaggio del risentimento e della paura non deve avere posto in questa discussione. In Italia, a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla senatrice a vita Liliana Segre e dal Garante Nazionale delle persone private della libertà Mauro Palma, detenuti e staff sono stati inseriti tra le categorie a cui prioritariamente somministrare il vaccino. Ci si deve legittimamente domandare perché la comunità penitenziaria va inserita nelle fasce di popolazione a cui destinare prioritariamente il vaccino? Per due ragioni, una delle quali riguarda la salute pubblica e l'altra l'etica dei diritti umani. Il carcere è un luogo dove, come visto, si vive affollati, è complicatissimo mantenere le distanze, le condizioni igienico-sanitarie non sono sempre ottimali. La prigionia, inoltre, in quanto focolaio potenziale, determina la sottrazione di energie mediche ai bisogni della comunità libera. Infine, paura e solitudine hanno reso la pena ben più afflittiva rispetto a quella già ordinariamente sofferta. La vaccinazione di staff e detenuti consentirebbe la ripresa di una vita normale (che in carcere normale comunque non è neanche nelle fasi non pandemiche) oggi ferma. Tra fine febbraio e inizio marzo 2021, con le difficoltà viste anche all'esterno, in considerazione dell'indisponibilità di un numero ampio di dosi di vaccini, è finalmente iniziata la campagna vaccinale anche nelle carceri italiane.

Le *app* di tracciamento alla luce del diritto dell'OMC: alcune considerazioni su *Immuni*

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. Le *app* di tracciamento come uno dei possibili strumenti, anche giuridici, di lotta alla pandemia. – 2. *Immuni*, la *app* italiana di tracciamento, e il regime plurilaterale sugli appalti pubblici. – 3. Gli impegni di liberalizzazione degli appalti assunti dall'Italia nel contesto OMC e *Immuni*. – 4. ... Immuni dal GATS?

ABSTRACT: Lo scritto analizza le *app* di tracciamento dei contagi e dei contatti e, in particolare, le procedure che hanno condotto alla loro adozione, alla luce del diritto dell'OMC al fine di comprendere se le stesse siano rispettose degli obblighi commerciali multi e plurilaterali. In particolare, esso, a tal fine, analizza il caso italiano, con la consapevolezza che le considerazioni così sviluppate (o quanto meno il "metodo") potrebbero essere estese, *mutatis mutandis*, anche agli altri.

PAROLE CHIAVE: OMC – GATS – appalti pubblici – COVID-19 – *app* di tracciamento – *Immuni*.

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

1. Le *app* di tracciamento come uno dei possibili strumenti, anche giuridici, di lotta alla pandemia

Già da qualche tempo i c.d. *big data*¹ e l'intelligenza artificiale² sono utilizzati per migliorare la qualità dei servizi nel settore pubblico e privato. In particolare, per quanto concerne il primo, essi, difatti, possono essere favorevolmente sfruttati da Stati e organizzazioni internazionali per programmare e valutare attività e interventi, e rappresentare quindi un importante strumento di *governance*: l'ambito sanitario è da sempre, in questo senso, uno dei più coinvolti (si veda, ad esempio, con riguardo all'ordinamento internazionale, il caso del progetto *Global Pulse* delle Nazioni Unite)³.

¹ «Big data refers to datasets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage, and analyze. This definition is intentionally subjective and incorporates a moving definition of how big a dataset needs to be in order to be considered big data — *i.e.*, we don't define big data in terms of being larger than a certain number of terabytes (thousands of gigabytes). We assume that, as technology advances over time, the size of datasets that qualify as big data will also increase. Also note that the definition can vary by sector, depending on what kinds of software tools are commonly available and what sizes of datasets are common in a particular industry. With those caveats, big data in many sectors today will range from a few dozen terabytes to multiple petabytes (thousands of terabytes)». Così McKinsey Global Institute, *Big data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, giugno 2011. Si veda anche il rapporto stilato nel 2014 dal *Council of Advisors on Science and Technology* (PCAST) della Presidenza degli Stati Uniti, *Big data and Privacy: A Technological Perspective*, www.bigdatawg.nist.gov. Va detto che è difficile tracciare una definizione di *big data* che ne guidi l'analisi giuridica che trovi una condivisione diffusa, dal momento che differenti sono gli approcci con i quali tali il tema è studiato e che hanno condotto all'individuazione dei confini della categoria; per una ricostruzione delle differenti prospettive v. G. DELLA MORTE, *Big Data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018; C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, p. 44 ss.; T. HOEREN, *Big Data and the Legal Framework for Data Quality*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2017, p. 26 ss.; G.M. RUOTOLO, *I dati non personali: l'emersione dei big data nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 97 ss.

² Sullo sfruttamento dell'intelligenza artificiale da parte delle organizzazioni internazionali e degli Stati, in particolare per facilitare il perseguimento degli *United Nations Sustainable Development Goals*, l'*International Telecommunications Union* (ITU) ha indetto proprio nel 2020 l'*AI for Good Global Summit* che, proprio a causa della pandemia, sta avendo luogo in forma di webinar: cfr. aiforgood.itu.int. Sulle applicazioni specificamente relative alla pandemia v. M. D'AGOSTINO PANEBIANCO, *COVID-19: AI supports the fight, but reduces rights and freedoms*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 247 ss.

³ Il progetto *Global Pulse*, avviato nel 2009 dal Segretariato generale delle Nazioni Unite, mira a promuovere lo sviluppo e l'adozione su grande scala di un approccio innovativo ai *big data*, al fine di utilizzarli alla stregua di un bene pubblico mediante il quale individuare le migliori strategie possibili di sviluppo sostenibile e azioni umanitarie: i dati, difatti, possono rappresentare uno strumento per acquisire una migliore comprensione delle variazioni del benessere umano, finanche registrando in tempo reale il *feedback* alle azioni poste in essere dalle Nazioni Unite. V. www.unglobalpulse.org.

Neppure il tracciamento delle epidemie umane mediante tali strumenti è una novità: applicazioni per seguire il movimento dei contagi sono già state efficacemente utilizzate in occasione di pandemie influenzali⁴ e, ancora di più, nel caso di Ebola⁵.

Sotto il profilo della sperimentazione, poi, segnaliamo come nel Regno Unito, poco prima dell'esplosione della pandemia, la BBC4 avesse lanciato, assieme all'Università di Cambridge, un programma che provava a tracciare il modo in cui si sarebbe potuto muovere un virus "simulato" mediante una app (*Pandemic*) installata sugli *smartphone* di gruppi di volontari⁶. Ne fu tratto anche un documentario, ora disponibile on-line, intitolato "*Contagion*"⁷.

In occasione della drammatica pandemia di SARS-CoV-2, molti Paesi hanno quindi adottato, promosso e diffuso applicazioni informatiche per il tracciamento di contatti e contagi: il Governo cinese, in collaborazione con la società della app di pagamento *Alipay*, ha implementato un software, in uso in oltre 200 città, che consente ai cittadini di verificare se sono entrati in contatto con persone che hanno contratto l'infezione⁸; a Singapore è stata diffusa *TraceTogether*⁹ ed è stato sviluppato, mediante uno strumento *open source*, *BlueTrace*, un protocollo di tracciamento dei contatti mediante protocollo Bluetooth¹⁰; in Colombia è disponibile *CoronApp*, sviluppata dal Governo e già scaricata da oltre 1,5 milioni di utenti¹¹; la Repubblica Ceca ha lanciato *eRouška* ("mascherina digitale") un software di tracciamento sviluppato da alcuni programmatori locali, che si sono ispirati a quello utilizzato a Singapore¹²; il 13 aprile 2020 la Macedonia del Nord ha lanciato *StopKorona!*¹³, ed è così divenuta il primo Paese dei Balcani occidentali a dotarsi di una app di tracciamento del COVID-19; il Ghana ha lanciato *GH COVID-19 Tracker App*, sviluppata in concerto da Ministero della

⁴ K. FUJIBAYASHI, H. TAKAHASHI, M. TANEI, Y. UEHARA, H. YOKOKAWA, T. NAITO, *A New Influenza-Tracking Smartphone App (Flu-Report) Based on a Self-Administered Questionnaire: Cross-Sectional Study*, in *JMIR Mhealth Uhealth*, 2018, p. 136 ss.

⁵ P.A. VILLARREAL, "Public International Law and the 2018-2019 Ebola Outbreak in the Democratic Republic of Congo", *EJIL:Talk!*, 1 agosto 2019.

⁶ V. www.bbc.co.uk.

⁷ Il trailer del documentario è reperibile all'indirizzo www.youtube.com.

⁸ V. TANGERMANN, "In China, This Coronavirus App Pretty Much Controls Your Life. Technology now plays a critical role in containing the pandemic", *Futurism.com*, 16 aprile 2020, www.futurism.com.

⁹ V. www.tracetoegether.gov.sg.

¹⁰ V. www.bluetrace.io.

¹¹ V. www.coronaviruscolombia.gov.co.

¹² V. www.erouska.cz.

¹³ V. www.koronavirus.gov.mk.

Comunicazione e della Tecnologia e Ministero della Salute, che si basa su tecnologie di geolocalizzazione per fornire informazioni dettagliate sulle persone che si sono trovate in contesti o posizioni predefinite e individuate come a rischio di contagio¹⁴; la Norvegia, ancora, si è dotata di *Smittestopp*, sviluppata dal Governo utilizzando tecnologia Bluetooth e GPS¹⁵, e in Israele il Ministero della Salute ha lanciato il 22 marzo 2020 *HaMagen* (“scudo”)¹⁶, una *app* di tracciamento dei contatti che tiene traccia della posizione di un utente utilizzando uno standard detto *Location API* (una libreria *Java* per la realizzazione di applicazioni *location-based*)¹⁷ e quindi la confronta con i movimenti noti di coloro a cui è stata diagnosticata l’infezione da Coronavirus.

Sono in via di adozione applicazioni analoghe in Regno Unito, dove, alla fine di marzo 2020, l’amministratore delegato di NHSX, l’ente governativo competente per il settore informatico del *National Health Service*, ha dichiarato che è in via di completamento un’*app* di tracciamento, la cui opportunità è stata suggerita al Governo da un gruppo di esperti che ritiene che la stessa possa “svolgere un ruolo critico” nell’allentamento del *lockdown*¹⁸. *App* simili sono previste in Irlanda, in Francia (*StopCovid*)¹⁹, in Australia e Nuova Zelanda (che stanno prendendo in considerazione di utilizzare il medesimo protocollo *BlueTrace* di Singapore), in Austria e Svizzera. La Russia ha addirittura pensato di introdurre un’*app* di *geofencing* (un meccanismo che consente di creare una sorta di “recinto virtuale”) per i pazienti con diagnosi di COVID-19 che vivono a Mosca, progettata per garantire che costoro non escano di casa²⁰.

Quanto all’Italia si parla già da un po’ di *Immuni*, un’*app* prevista dall’art. 6 del decreto-legge 28 del 30 aprile 2020, “Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l’introduzione del sistema di allerta COVID-19”, ma non ancora operativa.

¹⁴ E. ARHINFUL, *Bawumia launches COVID-19 Tracker App*, in CNR – Citi News Room, 13 aprile 2020.

¹⁵ V. www.helsenorge.no.

¹⁶ V. www.govextra.gov.il.

¹⁷ V. www.mokabyte.it.

¹⁸ M. J. PARKER, C. FRASER, L. ABELER-DÖRNER, *Ethics of instantaneous contact tracing using mobile phone apps in the control of the COVID-19 pandemic*, in *Journal of Medical Ethics*, 2020, p. 427 ss.

¹⁹ V. www.techcrunch.com.

²⁰ V. www.zerounoweb.it.

Tutte queste applicazioni hanno sollevato dubbi di legittimità in merito alla tutela della riservatezza delle persone e al trattamento dei loro dati²¹ e alcune di queste sono state adottate come “second best” meno invasivo dopo che gli Stati avevano provato ad utilizzare meccanismi di tracciamento dei contagi differenti. Paradigmatico, in questo senso, il caso di Israele, il cui Governo aveva provato a percorrere una strada diversa, bloccata però dall’Alta Corte di Giustizia di Israele. Con una decisione del 26 aprile 2020 quest’ultima ha infatti stabilito che il monitoraggio dei portatori di Coronavirus posto in essere da parte del servizio di intelligence per gli affari interni israeliano (“Shin Bet”) facendo uso di dati telefonici e delle transazioni delle carte di credito – strumenti che stando al diritto israeliano possono essere utilizzati legittimamente solo nel corso di operazioni antiterrorismo – al fine di avvisare e mettere in quarantena le persone che si sono trovate nel raggio di due metri, per almeno 10 minuti, da qualcuno infetto dal virus, non potesse proseguire, a meno che tale pratica non trovasse titolo in una legge, non avesse insomma il beneplacito della Knesset. La tecnica di tracciamento utilizzata, a giudizio della Corte, violava difatti il diritto alla privacy: «la scelta di utilizzare l’organizzazione di sicurezza preventiva dello Stato per monitorare coloro che non cercano di danneggiarlo, senza il di loro consenso, pone grandi dubbi di legittimità e devono quindi essere compiuti sforzi per trovare un’altra alternativa adeguata». Il Collegio ha però concesso al Governo di estendere provvisoriamente tale monitoraggio per alcune settimane, a condizione che il processo legislativo iniziasse tempestivamente e ha altresì richiesto che l’adottanda normativa consenta ai giornalisti il diritto di proteggere le loro fonti, impedendo che i dati dei loro telefoni cellulari vengano consegnati allo Shin Bet.

Una corretta gestione delle procedure ad evidenza pubblica mediante le quali sono affidate progettazione e realizzazione di tali *app*, peraltro, gioca un ruolo essenziale nella gestione delle emergenze sanitarie: non a caso, nella recente prassi delle limitazioni agli scambi internazionali indotte dalla pandemia, il Vice-Direttore generale dell’OMC, in un discorso pronunciato il 1° aprile 2020, ha auspicato che «Governments in advanced countries should ensure that procurement regulations do not hinder foreign sourcing, make product standards freely available, and expedite approvals of imported supplies. They also need to keep supply chains open and support poor

²¹ Cfr. E. CIRONE, “L’App italiana di contact tracing alla prova del GDPR: dall’habeas data al ratchet effect il passo è breve?”, *SIDIBlog*, 13 maggio 2020; G. DELLA MORTE, “La tempesta perfetta COVID-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa”, *SIDIBlog*, 30 aprile 2020.

countries hit by COVID-19», nella consapevolezza che «suspend all national public procurement regulations and state-required localisation measures (may) frustrate the cross-border sourcing of essential medical supplies»²².

In questo breve scritto, quindi, proveremo a leggere le *app* di tracciamento dei contagi e, in particolare, le procedure che hanno condotto alla loro adozione alla luce del diritto dell'OMC al fine di comprendere se le stesse siano rispettose degli obblighi commerciali multi e plurilaterali.

Ci concentreremo, a tal fine, sul caso italiano, con la consapevolezza che le considerazioni così sviluppate (o quanto meno il “metodo” che utilizzeremo) potrebbero essere estese, *mutatis mudandis*, anche agli altri.

2. *Immuni*, la *app* italiana di tracciamento, e il regime plurilaterale sugli appalti pubblici

Immuni, la *app* italiana per il tracciamento dei contagi, è stata introdotta con il decreto-legge 28 del 30 aprile, e subito ha provocato le reazioni dell'opinione pubblica e degli esperti, alcuni dei quali, in particolare, hanno invocato la necessaria nazionalità di software e relativi *server*²³.

La *app* è stata selezionata all'esito di una “*fast call for contribution*” indetta il 24 marzo 2020 e chiusa appena due giorni dopo, il 26 marzo 2020, rivolta a privati, società ed enti, diretta, appunto, ad individuare le migliori soluzioni digitali e tecnologiche disponibili per il monitoraggio “attivo” del rischio di contagio, in vista dell'adozione, a livello nazionale, di tali soluzioni e tecnologie.

L'ordinanza n. 10/2020 del 26 marzo del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19²⁴, quindi, dispone di «procedere alla stipula del contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul

²² V. www.wto.org.

²³ Si veda, ad esempio, in tal senso, G. DE MINICO, “La App Immuni e la democrazia”, *Il Sole 24 ore*, 22 aprile 2020, www.ilsole24ore.com.

²⁴ Reperibile all'indirizzo www.governo.it. In merito alla procedura utilizzata P. CLARIZIA, E. SCHNEIDER, *Luci e ombre sulla procedura di selezione di “Immuni”, l'app del governo di tracciamento del contagio da COVID-19*, in *IRPA – Osservatorio sullo Stato digitale*, 19 aprile 2020, irpa.eu. Gli autori affermano che «non appare chiaro l'iter procedimentale utilizzato. La stipula del contratto, infatti, è presentata nell'ordinanza del Commissario Straordinario come conclusione della fast call indetta dai Ministeri dello Sviluppo Economico, della Salute e per l'Innovazione Tecnologica della Salute. Tuttavia, il Commissario Straordinario non è mai citato negli atti della procedura e la fast call non prevedeva che le soluzioni tecnologiche sarebbero state acquisite a titolo gratuito».

software di contact tracing e di appalto di servizio gratuito con la società Bending Spoons S.p.a.», la quale, così si legge nell'ordinanza,

«esclusivamente per spirito di solidarietà e, quindi, al solo scopo di fornire un proprio contributo, volontario e personale, utile per fronteggiare l'emergenza da COVID-19 in atto, ha manifestato la volontà di concedere in licenza d'uso aperta, gratuita e perpetua, al Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 e alla Presidenza del Consiglio dei ministri, il codice sorgente e tutte le componenti applicative facenti parte del sistema di contact tracing già sviluppate, nonché, per le medesime ragioni e motivazioni e sempre a titolo gratuito, ha manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si renderanno necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di contact tracing digitale».

Cerchiamo di valutare il procedimento in parola alla luce del sistema normativo dell'OMC.

Ricordiamo che tale sistema contempla un Accordo sugli appalti pubblici (*Government Procurement Agreement*, GPA), recentemente rivisto (*revised GPA*), il quale non è ricompreso nel novero dei c.d. Accordi commerciali multilaterali, coperti cioè da quel principio di *single undertaking* che ne impone il rispetto a tutti i membri dell'OMC, ma necessita, invece, di una ratifica *ad hoc* (siffatti accordi, nel sistema in parola, sono detti “plurilaterali”)²⁵.

Al fine di consentire di adattare ancor di più gli obblighi internazionali di liberalizzazione delle procedure di appalto pubblico alle esigenze dei singoli Stati, tali obblighi si applicano, anche nei confronti di quelli che abbiano

²⁵ Il c.d. *revised GPA*, entrato in vigore il 6 aprile 2014, espande la copertura del GPA originale e apporta una serie di miglioramenti alle sue disposizioni. Sull'Accordo sugli appalti pubblici dell'OMC si vedano S. BROWN-SHAFII, *Promoting good governance, development and accountability: implementation and the WTO*, Basingstoke, 2011; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 267 ss.; M. SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione mondiale del commercio e nella Comunità Europea*, Napoli, 2001. Specificamente sul *revised GPA*, R.D. ANDERSON, A.C. MÜLLER, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, in *Georgetown journal of international law*, 2017, p. 949 ss.; A. IANNIELLO-SALICETI, *Gli appalti pubblici*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2015, p. 249 ss.; A. LA CHIMIA, *Cui bono?: Scope, Rationales and Consequences of the Exemption for Development Procurement in the Revised Text of the GPA*, in *Trade, law and development*, 2015, p. 156 ss. Per i rapporti tra il GPA e l'ordinamento italiano si veda A. LIGUSTRO, *Commentario all'art. 16. Contratti e concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali*, in G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017, p. 119 ss.

provveduto a ratificare l'Accordo GPA, comunque, solo ed esclusivamente alle procedure bandite dagli Enti nazionali appaltanti previsti in un elenco specifico predisposto dal ratificante, ai soli beni e servizi esplicitamente da questo previsti, e nell'ambito di soglie economiche predeterminate dallo stesso.

Con riguardo al contesto così determinato, quindi, l'Accordo GPA, in applicazione del principio generale di non discriminazione, estende, in buona sostanza, all'ambito degli appalti le regole fondamentali degli scambi di merci: obbligo del trattamento generalizzato della nazione più favorita e trattamento nazionale.

Ricordiamo pure che l'Accordo GPA, come quasi tutti li Accordi amministrati dall'OMC, contempla una clausola di eccezione generale, la quale permette agli Stati che pur si sono vincolati a liberalizzare sul piano internazionale certe procedure di appalto pubblico, di derogare a siffatti vincoli per proteggere interessi superiori, come quelli di sicurezza nazionale (con riguardo, ad esempio, all'approvvigionamento di armi e munizioni), o per tutelare, tra gli altri beni, la vita o la salute delle persone, degli animali o delle piante, a condizione che tali misure non siano applicate in modo tale da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra Membri o una restrizione mascherata al commercio internazionale (art. III *revised* GPA)²⁶.

La portata della clausola, analoga ad altre contenute in altri Accordi dell'OMC, tutte ispirate all'art. XX del GATT²⁷, è stata chiarita dalla prassi applicativa che, in buona sostanza e in estrema sintesi, ha sancito come essa debba esser volta ad evitare discriminazioni e restrizioni surrettizie agli scambi²⁸.

²⁶ Art. III (Security and General Exceptions): «Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between Parties where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety; necessary to protect human, animal or plant life or health; necessary to protect intellectual property; or relating to goods or services of persons with disabilities, philanthropic institutions or prison labour».

²⁷ Cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit., p. 321 ss.

²⁸ Cfr. il *WTO Analytical Index*, www.wto.org.

3. Gli impegni di liberalizzazione degli appalti assunti dall'Italia nel contesto OMC e *Immuni*

Ora, se si vanno a sfogliare le liste di impegni assunti dall'Italia con riferimento all'Accordo sugli appalti pubblici dell'OMC si nota che: 1) tutti i Ministeri, nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri, rientrano nell'elenco degli enti centrali i cui acquisti sono coperti dall'Accordo stesso (“purchasing bodies”)²⁹; 2) per quanto concerne l'ambito di applicazione materiale, sebbene in tali elenchi non siano ricompresi i servizi “sanitari” in senso stretto, vi sono citati, però, i “telecommunications services” e i “computer and related services”³⁰ e, con riguardo agli appalti di beni, i “telecommunication equipment” e ogni “transmission apparatus”³¹; 3) per entrambe le categorie di servizi e di beni la soglia minima di valore determinata dall'Italia perché l'appalto rientri nell'ambito di applicazione del GPA è di 130.000 diritti speciali di prelievo³² (circa 160.000 euro).

Con riferimento all'applicabilità degli obblighi commerciali plurilaterali alla procedura di affidamento dello sviluppo di *Immuni* indetta a livello governativo, quanto detto *sub* 1) non dà luogo a dubbi interpretativi: i soggetti istituzionali italiani che l'hanno avviata e gestita, tutti di rango ministeriale, rientrano tra quelli tenuti – qualora si ravvisi la contemporanea presenza delle altre condizioni – al rispetto degli obblighi di liberalizzazione internazionale degli appalti.

Per quanto concerne il punto 2), al fine di individuare il regime normativo plurilaterale applicabile alla *app*, è necessario risolvere un problema di “qualificazione”: *Immuni*, e tutti i software analoghi, costituiscono un bene, seppur “liquido”, o un servizio?

Quella della distinzione tra beni e servizi in ambito digitale, è una questione che, nel contesto OMC, si è già posta nella prassi: mentre alcuni Membri, tra cui gli Stati Uniti, sono da sempre propensi a qualificare esplicitamente *tutte* le transazioni digitali come scambi di merci, al fine di promuovere una liberalizzazione più spinta mediante la loro sottoposizione a un apparato normativo più definito ed evoluto quale quello dell'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio (GATT) e dell'intero sistema degli scambi di merci, altri, tra cui l'Unione europea, tendono a considerarle

²⁹ Cfr. il punto 12 dell'Annex 1, www.wto.org.

³⁰ V. il punto 12 dell'Annex 1.

³¹ V. Annex 4.

³² Si tratta, come noto, dell'unità di conto del Fondo monetario internazionale, il cui valore è ricavato da un paniere di valute nazionali.

invece alla stregua di servizi, anche al fine di sottoporle al sistema *à la carte* dell'Accordo generale sui servizi (GATS; cfr. *infra*, par. succ.).

Quanto alla dottrina, essa appare abbastanza univocamente orientata nel ritenere applicabili le norme GATT al commercio elettronico "indiretto" (che si verifica nel caso dell'acquisto on-line di prodotti che vengono poi consegnati materialmente) e, invece, quelle del GATS a tutti i servizi digitali che non implicino il download di materiali o la ricezione di oggetti fisici, come quelli offerti, ad esempio, da un motore di ricerca o dai servizi di prenotazione di voli e soggiorni³³.

Su questo punto il *panel* del caso *US – Gambling* ha chiarito che la modalità della fornitura transfrontaliera (art. I, lett. a), GATS) comprende *tutti i possibili mezzi di fornitura* di un servizio dal territorio di uno Stato membro dell'OMC al territorio di un altro; pertanto *ogni* impegno di accesso al mercato assunto relativamente a *tale modalità* implica, se non diversamente specificato, il diritto per i fornitori di tutti i Paesi membri di recapitare un servizio attraverso ogni mezzo possibile, ivi compresi quelli informatici³⁴; a giudizio del *panel*, infatti, questa appare l'unica interpretazione compatibile con il detto principio di neutralità tecnologica, ampiamente condiviso tra i Membri³⁵.

Ebbene, alla luce delle considerazioni appena svolte, ci pare di poter considerare le *app* in esame alla stregua di servizi e quindi coperte dai relativi obblighi di liberalizzazione: ciò potrebbe, almeno in astratto, impedire, ove non altrimenti giustificata, ogni rigida "nazionalità" di *app* e *server*, però, come dicevamo, invocata da alcuni³⁶.

³³ Per una ricostruzione della prassi ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *La disciplina multilaterale del commercio digitale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 1887 ss.

³⁴ V. www.wto.org.

³⁵ L'idea di elaborare norme giuridiche neutrali, applicabili cioè indipendentemente dal contesto tecnologico in cui una data fattispecie si realizza e, in particolare, dal mezzo di comunicazione attraverso il quale essa viene posta in essere, si è sviluppata soprattutto nel contesto del diritto della proprietà intellettuale, specie statunitense; sul ruolo che tale principio gioca nel sistema OMC sia con riguardo all'interpretazione di obblighi preesistenti sia in fase negoziale v. S.Y. PENG, *Renegotiate the WTO Schedules of Commitments: Technological Development and Treaty Interpretation*, in *Cornell International Law Journal*, 2012, p. 403 ss.

³⁶ Nel caso di *Immuni*, il *server* che verrà utilizzato sarà gestito da SOGEI, una Società di informatica di proprietà ministeriale. Sul rapporto tra regimi regionali (e nazionali) di *data protection*, da considerare alla stregua di barriere non tariffarie, e sistema commerciale multilaterale, anche solo per ulteriori rinvii, v. G.M. RUOTOLO, *The EU data protection regime and the multilateral trading system: Where dream and day unite*, in *QIL – Questions of international law*, 2018, p. 5 ss.

In merito al punto 3), poi, bisogna cercare di comprendere se un appalto “gratuito”, come quello relativo a *Immuni* e molti altri suoi omologhi esteri, possa, malgrado questo, rientrare nell’ambito di applicazione dell’Accordo GPA, sotto il profilo del valore³⁷.

Ebbene, a noi pare che ciò non possa essere escluso aprioristicamente e questo perché i dati che verranno raccolti tramite l’app potrebbero costituire un asse patrimoniale di grande rilievo: ora, pur volendo tralasciare la nota questione della legittimità del conferimento di dati come corrispettivo di servizi³⁸, la rilevanza economica dei *big data sets in quanto tali* è dimostrata, tra l’altro, dal modo in cui si atteggia il diritto della concorrenza che, con riguardo alla loro raccolta, da ultimo, individua un mercato rilevante autonomo rispetto ad altri³⁹.

Insomma, la procedura di adozione dell’app *Immuni* da parte del Governo italiano, a quanto ci consta, ci pare possa rientrare nell’ambito di applicazione dell’Accordo GPA dell’OMC. L’esclusione assoluta di operatori stranieri dalla stessa, nonché dalle distinte fasi di raccolta, archiviazione,

³⁷ In merito alla gratuità dell’affidamento e alla sua compatibilità con il regime interno degli appalti sollevano dubbi anche P. CLARIZIA, E. SCHNEIDER, *Luci e ombre*, cit.: «il Commissario straordinario ha sottoscritto con la Bending Spoons S.p.A., titolare dell’app, un contratto di concessione gratuita della licenza d’uso sul software di contact tracing e di appalto di servizio gratuito. È compatibile la gratuità con la configurazione del rapporto in termini di appalto, contraddistinto dalla necessaria onerosità e sinallagmaticità delle prestazioni? Il rapporto sembrerebbe piuttosto configurabile come una sponsorizzazione (se si valorizza il ritorno di immagine e la possibilità di acquisire vantaggi nella fase di sviluppo e attuazione dell’app), ovvero una donazione (nei limiti della possibilità di donazione di cosa futura)».

³⁸ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il “pagamento” mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 1381 ss.; G. GIANNONE CODIGLIONE, *I dati personali come corrispettivo della fruizione di un servizio di comunicazione elettronica e la “consumerizzazione” della privacy*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2017, p. 418 ss.

³⁹ Si pensi, ad esempio, al caso della concentrazione tra Facebook e WhatsApp. È il caso di ricordare come la Commissione europea avesse originariamente autorizzato, senza apporvi condizioni, la concentrazione conseguente all’acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ritenendo che l’operazione non sollevasse criticità concorrenziali dal momento che, per quanto riguarda il mercato dei servizi di messaggistica, il Messenger di Facebook e WhatsApp non sono tra loro in concorrenza diretta e che il medesimo mercato è caratterizzato da un alto dinamismo e dalla presenza di numerose altre applicazioni analoghe, idonee a mantenere alto il livello della concorrenza. Successivamente, però, la Commissione ha sanzionato Facebook per aver automaticamente acquisito in blocco, in seguito alla fusione, le informazioni contenute negli account WhatsApp, di cui pure è legittimamente proprietaria, ed averle sommate a quelle provenienti dagli account del social network già in suo possesso, raccogliendo così una enorme mole di dati da poter trattare in maniera aggregata e assumendo quindi una posizione di dominio sul mercato della raccolta di dati: ciò è conseguenza di un mutato approccio all’individuazione del mercato rilevante, e una particolare attenzione relativa a quello della raccolta dei dati, individuato e distinto da altri.

trattamento dei dati così raccolti, potrebbe essere giustificata, quindi, solo se disposta nel rispetto dei parametri previsti dall'eccezione generale di cui all'art. III *revised* GPA di cui abbiamo detto.

4. ... Immuni dal GATS?

Concludiamo ora con alcune osservazioni relative all'inquadramento delle *app* di tracciamento della pandemia, e, in particolare, quella italiana (ma anche in questo caso le considerazioni sono *lato sensu* applicabili agli omologhi stranieri), nel contesto del sistema multilaterale degli scambi di servizi.

Come già ricordato, il sistema del GATS ha natura *à la carte*: in esso, accanto a un nucleo di norme di portata generale applicabile a tutti i Membri e relativo al trattamento generalizzato della nazione più favorita, alle c.d. regolamentazioni interne, e all'obbligo di trasparenza (art. da II a XV GATS), troviamo i più penetranti obblighi di trattamento nazionale (art. XVII GATS) e accesso al mercato (art. XVI GATS), che vincolano però esclusivamente i Paesi che li hanno esplicitamente accettati con riguardo a specifici settori e modalità di fornitura (*modes of supply*), indicati nelle rispettive *schedules of commitments*.

Ora, dal momento che, come pure abbiamo già ricordato, il *panel* del caso *US – Gambling* ha chiarito che la modalità della fornitura transfrontaliera (quella in cui non è previsto lo spostamento né del fornitore né del fruitore del servizio, essendo quest'ultimo a “viaggiare”) è idonea a comprendere *tutti i possibili mezzi di fornitura di un servizio* dal territorio di uno Stato membro dell'OMC al territorio di un altro, ivi compresi quelli digitali, ogni impegno di accesso al mercato assunto relativamente a tale modalità implica, se non diversamente specificato, il diritto per i fornitori di *tutti* i Paesi membri di poter offrire tale servizio..

Per quanto concerne, poi, le restrizioni agli scambi di servizi digitali, ricordiamo pure come l'Organo d'appello dell'OMC, sempre nella controversia *US – Gambling*, abbia chiarito che le misure nazionali che comportano un divieto *assoluto* di fornire un determinato servizio con strumenti digitali, equivalgono a dei «contingenti numerici con limite zero», una forma di restrizione quantitativa che non ammette alcun fornitore straniero su un determinato mercato (restrizione che è vietata, in particolare, dall'art. XVI, par. 2, lett. a) GATS, relativo all'accesso al mercato).

Quindi, al fine di comprendere se vi fosse (anche) un obbligo di liberalizzazione internazionale nel caso del servizio (che sarà) offerto da *Immuni*

ai sensi di queste disposizioni, è necessario procedere a verificare le liste di impegni assunti dall'Italia nel contesto GATS⁴⁰.

Esse evidenziano l'esistenza di obblighi di liberalizzazione in materia di “*health related and social services*”⁴¹ e di “*telecommunications services*”⁴²; qualora tra questi si dovesse ritenere ricompreso il tipo di servizio offerto da *Immuni* (come a noi pare), quindi, la sua esclusione dagli obblighi di liberalizzazione potrebbe essere giustificata, come già per gli appalti, dalla clausola di tutela della salute e della vita di persone, animali e piante (che, nel sistema GATS, è contenuta nell'art. XIV).

Questa clausola, però, come abbiamo visto accadere con riguardo al suo omologo nel GPA, impone agli Stati di non applicare le eccezioni alla liberalizzazione «in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services».

E con riguardo, in particolare alla raccolta e alla gestione dei dati da parte della *app* di tracciamento, si tratta di un elemento che sarà possibile verificare *in concreto* solo nel momento in cui *Immuni* inizierà ad operare e ne saranno resi noti i particolari.

Un'ultima considerazione: leggere i comportamenti statali nella prospettiva del diritto OMC, lungi dal rappresentare un mero esercizio di stile, potrebbe contribuire a ridurre in qualche misura la ridotta rilevanza contemporanea del sistema commerciale multi-plurilaterale, conseguenza di numerosi fattori⁴³, in attesa di tempi migliori e contribuire al rispetto di quel principio di trasparenza di grande rilevanza nel sistema dell'OMC⁴⁴.

⁴⁰ Sebbene sia l'Unione europea a detenere la competenza esclusiva ad assumere obblighi internazionali con riguardo a tutte le materie coperte dagli Accordi OMC, nell'ambito di tali liste esiste la possibilità di differenziare le posizioni specifiche dei vari Stati membri.

⁴¹ V. www.wto.org.

⁴² V. www.wto.org.

⁴³ Al riguardo ci permettiamo di rinviare a G.M. RUOTOLO, *La crisi di legittimazione dei sistemi internazionali di soluzione delle controversie economiche nel contesto della “crisi” delle organizzazioni internazionali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 94 ss.

⁴⁴ Cfr. S. CHARNOVITZ, *Transparency and Participation in the World Trade Organization*, in *Rutgers Law Review*, 2004, p. 927 ss.; P.C. MAVROIDIS, R. WOLFE, *From sunshine to a common agent: the evolving of transparency in the WTO*, in *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 2015/01, www.cadmus.eui.eu.

Restrizioni ordinarie e straordinarie ai diritti umani adottate per far fronte al COVID-19 e la loro legittimità alla luce dei parametri della CEDU

EMANUELE SOMMARIO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Limitazioni ordinarie in casi di gravi epidemie. – 3. Il ricorso alla clausola derogatoria. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: L'epidemia da COVID-19 ha imposto agli Stati l'introduzione di misure volte a contenere il diffondersi della malattia e a contrastarne gli effetti. Tali misure cozzano spesso col pieno godimento dei diritti individuali, sacrificati per preservare la salute pubblica. Il presente contributo intende fornire una rapida rassegna delle tipologie di restrizioni ai diritti che gli Stati possono legittimamente invocare in situazioni emergenziali come quella in parola. In particolare, si illustrerà il funzionamento delle clausole di limitazione ordinarie, utili a bilanciare, in situazione di normalità, i diritti individuali con gli interessi collettivi o i diritti degli altri consociati. Si passerà poi a descrivere la possibilità, prevista dalla Convenzione europea per i diritti umani e da altri importanti trattati internazionali, di far fronte a gravi situazioni emergenziali derogando ai trattati stessi, procedura che consente l'adozione di misure di contrasto maggiormente incisive, ma lesive, in assenza di deroga, del dettato convenzionale. Verrà infine brevemente esaminato il differente approccio degli Stati rispetto al ricorso alla misura della deroga per giustificare misure utili a frenare la pandemia. Pur ricorrendo a provvedimenti assai simili, alcuni governi hanno derogato ai trattati, mentre altri non hanno ritenuto di compiere tale passo. Il contributo intende offrire possibili chiavi di lettura che spieghino contegni tanto diversi rispetto alla medesima fattispecie emergenziale.

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – limitazioni ai diritti umani – clausola di deroga – CEDU – emergenza – libertà personale.

1. Introduzione

L'impatto devastante¹ dell'epidemia da COVID-19 ha imposto agli Stati l'introduzione di misure vieppiù incisive per tentare di arginarne l'avanzata e mitigarne gli effetti. Alcuni dei provvedimenti adottati comportano restrizioni al pieno godimento dei diritti individuali: l'imposizione di quarantene e le ospedalizzazioni coatte costituiscono interferenze col diritto alla libertà personale; la creazione di zone dalle quali non è concesso allontanarsi incide

* Professore associato di Diritto internazionale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa, e.sommario@santannapisa.it.

¹ Si veda, a titolo esemplificativo, il Joint statement by ILO, FAO, IFAD and WHO, *Impact of COVID-19 on people's livelihoods, their health and our food systems*, 13 ottobre 2020, www.who.int.

sulla libertà di circolazione; la requisizione di beni privati limita il diritto di proprietà. In alcuni casi i governi hanno fatto ricorso a tecniche di sorveglianza capaci di limitare fortemente il diritto alla vita privata e familiare².

I diritti in questione sono garantiti dagli ordinamenti interni degli Stati, ma anche da numerosi trattati a tutela dei diritti umani. Sia i primi che i secondi prevedono tuttavia la possibilità di introdurre restrizioni al pieno esercizio dei diritti individuali, allorché debbano essere protetti interessi collettivi (quali la salute e l'ordine pubblico), interessi essenziali dello Stato o i diritti e le libertà di altri individui. Scopo di questo contributo è di esaminare – senza pretesa di esaustività – quali restrizioni siano permesse nelle circostanze attuali, e quali siano i requisiti formali e sostanziali che vanno rispettati nella loro attuazione. L'analisi si concentrerà sul quadro giuridico fissato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU).

Va tuttavia sottolineato, in via preliminare, che l'introduzione di determinate misure – incluse quelle che impongono restrizioni a certe libertà – può essere imposta agli Stati proprio dalle norme internazionali a protezione dei diritti umani. La Corte europea dei diritti umani (di seguito “Corte europea” o anche solo “la Corte”) ha stabilito che le autorità statali hanno il dovere di adottare i provvedimenti necessari per proteggere alcuni diritti (*in primis* il diritto alla vita) da pericoli gravi ed imminenti³. Non vi è dubbio alcuno che il COVID-19 costituisca una minaccia eccezionale alla vita di milioni di individui. Pertanto, gli Stati verrebbero meno ai propri obblighi se non prendessero provvedimenti adeguati a minimizzare il rischio posto dall'epidemia.

² Si vedano: Relatore speciale sul diritto alla privacy, *Preliminary evaluation of the privacy dimensions of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic: report*, UN Doc. A/75/147 del 27 luglio 2020; G. DELLA MORTE, “La tempesta perfetta. COVID-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze sorveglianza di massa”, *SIDIBlog*, 30 marzo 2020. Per un'analisi delle misure introdotte per far fronte al COVID e della loro compatibilità col diritto internazionale dei diritti umani si vedano, *ex multis*, U. VILLANI, *Le misure italiane di contrasto al COVID-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La comunità internazionale*, 2020, p. 165 ss.; C.M. PONTECORVO, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 195 ss.; G. ZARRA, *Sulla compatibilità di misure restrittive, adottate in Italia e nella Regione Campania per contenere l'epidemia di COVID-19, con gli articoli 5 e 2 del Protocollo n. 4 CEDU*, *ivi*, p. 583 ss.; A. SPADARO, *COVID-19: Testing the Limits of Human Rights*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 317 ss.

³ Corte EDU, sentenza del 30 novembre 2004, ric. n. 48939/99, *Öneryıldız c. Turchia*, par. 90. V. anche M. SOSSAI, *States' failure to take preventive action and to reduce exposure to disasters as a human rights issue*, in F. ZORZI GIUSTINIANI, E. SOMMARIO, F. CASOLARI, G. BARTOLINI (eds), *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Londra-New York, 2018, p. 119 ss.

Come si vedrà, l'adeguatezza di tali misure va valutata anche alla luce degli obblighi fissati dal diritto internazionale dei diritti umani.

2. Limitazioni ordinarie in casi di gravi epidemie

L'idea che i diritti individuali dovessero essere suscettibili di limitazioni era presente ai redattori della Dichiarazione universale dei diritti umani, il cui art. 29, par. 2, recita: «[n]ell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica». Il testo di numerose disposizioni convenzionali fa proprio questo canovaccio, stipulando che le restrizioni ammissibili debbano essere a) previste per legge; b) indirizzate al perseguimento di un fine legittimo; e c) necessarie a raggiungere il fine perseguito, il che implica l'esigenza di effettuare un bilanciamento fra il fine stesso e il diritto che si intende limitare, ossia la proporzionalità fra misure adottate e finalità perseguite⁴. Come si vedrà, questo paradigma trova applicazione anche rispetto a disposizioni che non prevedono espressamente il requisito di proporzionalità.

Ad esempio, l'art. 5 della CEDU codifica il diritto alla libertà e alla sicurezza personali. La norma prevede che nessuno possa essere privato della libertà personale, salvo elencare una serie di eccezioni, fra le quali figura la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa» (art. 5, par.1, lett. e). La Corte europea ha avuto modo di fornire un'interpretazione autentica della norma nel caso *Enhorn c. Svezia*⁵. Lì i giudici dovevano valutare se l'ospedalizzazione coatta di un malato di HIV, che si era reso protagonista di comportamenti a rischio suscettibili di estendere il contagio ad altri individui, fosse una misura che manteneva il giusto bilanciamento fra il diritto alla libertà del ricorrente e il diritto collettivo alla salute. La Corte convenne che le misure adottate nei confronti del ricorrente fossero effettivamente previste nell'ordinamento svedese, sottolineando l'importanza cruciale del principio di legalità quando è in gioco un diritto importante quale la libertà personale (par. 36). La sentenza valuta poi se, considerate le circostanze, la misura adottata fosse necessaria e

⁴ Per un'illustrazione dettagliata della prassi della Corte di Strasburgo nell'applicazione dei criteri in parola v. J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2019, p. 198 ss.

⁵ Corte EDU, sentenza del 25 gennaio 2005, ric. n. 56529/00, *Enhorn c. Svezia*.

proporzionale. Inizia sottolineando come l'ospedalizzazione coatta di persone infette non è soltanto tesa a garantire la salute pubblica, ma anche a permettere che il ristretto sia sottoposto a cure mediche adeguate (par. 43). Continua enumerando quali siano i fattori da prendersi in considerazione nel valutare la necessità di una data misura. Questi includono la pericolosità della malattia (misurata in termini di facilità di diffusione e gravità dei sintomi) e la disponibilità di altre misure meno intrusive nei confronti dei diritti del ricorrente che possano prevenire il diffondersi della malattia (par. 44). Nella valutazione della proporzionalità della misura restrittiva assume inoltre un peso centrale la lunghezza del periodo di tempo un cui la stessa è stata attuata (par. 55).

Spostando l'analisi al contesto attuale, bisognerebbe dunque valutare se, in considerazione della velocità e della facilità del contagio da COVID-19, dell'elevato numero di decessi, delle gravi condizioni in cui versano gli ammalati e delle enormi difficoltà delle autorità nel prestare cure e assistenza, si giustifichino le misure restrittive che molti Stati hanno deciso di imporre⁶. *Mutatis mutandis*, la stessa logica dovrebbe applicarsi a misure che limitano la libertà di circolazione, il diritto di proprietà e altri diritti suscettibili di essere compressi dalle misure prese in risposta all'epidemia. A incidere sulla complessità della valutazione, contribuiscono i criteri interpretativi sviluppati dalla Corte europea nella propria opera di esegesi della Convenzione. Uno di essi vuole che ogni clausola di limitazione sia interpretata in maniera restrittiva e in modo che la misura introdotta non intacchi «l'essenza» del diritto stesso (quantunque sia a volte difficile individuarla)⁷. Inoltre, alcuni dei disposti in parola richiedono che le limitazioni siano necessarie «in una società democratica». Ciò implica per le autorità nazionali l'onere di provare che le singole misure non ledano i principi alla base del funzionamento democratico dello Stato⁸.

⁶ Va rilevato come l'art. 5 della CEDU, certamente applicabile ai casi di ospedalizzazione coatta di infetti e sospetti tali, potrebbe non venire in rilievo rispetto agli individui destinatari di altre misure di confinamento (quali, ad esempio, il c.d. «coprifuoco» in vigore nelle regioni con indici di contagio più preoccupanti) potendo queste forse qualificarsi come limitazioni alla libertà di circolazione, protetta dall'art. 2 del Protocollo 4 della CEDU. Come noto, il confine fra i due diritti non è del tutto nitido, v. M. GIALUZ, P. SPAGNOLO, *Art. 5*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZSGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 111 ss.

⁷ S. VAN DROOGHENBROECK e C. RIZCALLAH, *The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?*, in *German Law Journal*, 2019, p. 904 ss.

⁸ D.J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C.M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford, 2014, pp. 512-513.

D'altro canto, va ricordato che la Corte europea ha attribuito agli Stati un certo margine d'apprezzamento nel decidere che tipo di limitazioni introdurre a protezione di interessi generali. Ciò perché le autorità nazionali sarebbero, in ragione del loro diretto e continuo contatto con «le forze vitali del proprio Paese», in una posizione migliore per esprimere un giudizio sulla necessità e la proporzionalità di determinate misure restrittive⁹. Anche per questo motivo, misure apparentemente draconiane prese dagli Stati in contesti emergenziali e presentate alla stregua di limitazioni ordinarie non sempre sono state censurate dai Giudici di Strasburgo¹⁰.

3. Il ricorso alla clausola derogatoria

Accanto alla possibilità di imporre restrizioni «ordinarie», la CEDU e altri strumenti riconoscono agli Stati parte la possibilità di introdurre restrizioni straordinarie ai diritti che codificano¹¹. Si tratta di provvedimenti incompatibili con la lettera del trattato, la cui illiceità sarebbe però sanata dal preventivo ricorso alla clausola di deroga. Secondo l'art. 15 della CEDU, ciò è possibile quando una situazione di pericolo pubblico «minacci la vita della nazione», previo un atto formale di notifica da inviare, nel caso della CEDU, al Segretario generale del Consiglio d'Europa. Le misure adottate non possono tuttavia ledere diritti identificati come inderogabili dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, e devono rimanere nei limiti di quanto sia strettamente necessario per far fronte all'emergenza¹². Inoltre, i provvedimenti adottati in deroga non devono contrastare con gli altri obblighi internazionali dello Stato¹³.

⁹ Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, ric. n. 5493/72, *Handyside c. Regno Unito*, par. 48. Si veda anche A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, 2012.

¹⁰ C. WARBRICK, *The Principles of the European Convention on Human Rights and the Response of States to Terrorism*, in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 287 ss.

¹¹ Nella dottrina italiana si vedano, fra gli altri, V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, 2010; A.J. PALMA, *Gli stati di eccezione nel diritto internazionale. Dalle garanzie giudiziarie minime all'equo processo*, Napoli, 2018; G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKI (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 555 ss. Sia anche consentito di rimandare a E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018.

¹² A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception. With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, L'Aia, 1998, p. 590 ss.

¹³ E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza*, cit., pp. 72-78.

La prima domanda cui dar risposta è se l'attuale emergenza autorizzi gli Stati a ricorrere alla clausola di deroga, ossia se essa rientri nella nozione di «pericolo pubblico» ai sensi dell'art. 15 CEDU. D'acchito va evidenziato come la locuzione sia sufficientemente generica da poter includere situazioni di gravi epidemie, essendo fondata non sull'origine del pericolo pubblico, ma sulle sue conseguenze¹⁴. Anche le decisioni degli organi convenzionali non paiono escludere questa possibilità. Nel fornire una definizione più articolata della nozione, la Commissione europea dei diritti umani (Commissione EDU) stabilì che essa dovesse avere le seguenti caratteristiche:

«(1) It must be actual or imminent. (2) Its effect must involve the whole nation. (3) The continuance of the organised life of the community must be threatened. (4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate»¹⁵.

Se un'emergenza pubblica presenta le caratteristiche qui elencate, lo Stato può senz'altro ricorrere alla deroga, a prescindere dalla causa prima dell'emergenza.

L'epidemia di COVID-19 integra i requisiti individuati dalla Commissione? I primi tre certamente sì. Molto probabilmente può dirsi altrettanto del quarto. Tuttavia (come sopra evidenziato) è al momento difficile valutare se le misure limitative introdotte per far fronte all'emergenza sarebbero tutte incompatibili con gli standard convenzionali applicabili in situazioni ordinarie. In assenza di chiare evidenze che determinati provvedimenti sarebbero censurati dalla Corte europea, rimane un'alea di incertezza.

La prassi degli Stati rivela che in passato si è invocata la clausola di deroga prevalentemente in risposta a situazioni di conflitto, campagne terroristiche o disordini interni di una certa portata¹⁶. In alcuni casi, tuttavia, vi si è ricorso per far fronte a disastri naturali, inclusi casi di epidemie¹⁷. Così nel

¹⁴ S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 151; J. FITZPATRICK, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, Filadelfia, 1994, p. 56.

¹⁵ Commissione EDU, rapporto del 5 novembre 1969, ric. n. 3321-3323/67 e 3344/67, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, par. 113.

¹⁶ Per una lista di situazioni in cui gli Stati hanno deciso di invocare le clausole di deroga si veda A. SIEHR, *Derogation Measures under Article 4 ICCPR, with Special Consideration of the "War against International Terrorism"*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 550.

¹⁷ E. SOMMARIO, *Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and their Use in Disaster Settings*, in F. ZORZI GIUSTINIANI, E. SOMMARIO, F. CASOLARI, G. BARTOLINI (eds), *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Londra-New York, 2018, pp. 111-112.

2006 la Georgia ha invocato l'art. 15 della CEDU per sospendere il diritto di proprietà e la libertà di circolazione in risposta all'epidemia di influenza aviaria che aveva pesantemente colpito parte del proprio territorio¹⁸. Lo stesso ha fatto il Guatemala, con riferimento al Patto per i diritti civili e politici delle Nazioni Unite, per far fronte all'epidemia di influenza suina del 2009¹⁹.

Analogamente, negli scorsi mesi numerosi Stati europei hanno presentato istanza di deroga alla CEDU in risposta all'epidemia da COVID-19²⁰. Le garanzie sospese includono il diritto alla libertà personale, la libertà di circolazione, la libertà di riunione, il diritto all'istruzione, il diritto alla vita privata e familiare, e il pieno godimento del diritto di proprietà. Le sospensioni avevano inizialmente durate limitate, ma in diversi casi sono state rinnovate e ampliate. Al 30 aprile 2021 tutti gli Stati, tranne la Georgia, hanno ritirato la notifica di deroga, ripristinando la piena vigenza della Convenzione. D'altro canto, numerosi Stati colpiti duramente dall'epidemia, fra cui l'Italia, non hanno proceduto ad alcuna notifica di deroga, forse nella convinzione che le misure introdotte (che pure incidono in maniera rilevante sulle libertà di ciascuno) siano comunque compatibili con la lettera della CEDU e con gli obblighi derivanti da altri strumenti a garanzia dei diritti umani²¹.

¹⁸ Georgia, notifica ai sensi dell'art. 15, par. 3, della CEDU, JJ6239C Tr./005-166, 13 marzo 2006.

¹⁹ Guatemala, notifica ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Patto per i diritti civili e politici, UN. Doc. C.N.347.2009. TREATIES-8 del 20 maggio 2009.

²⁰ Si tratta di Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Moldova, Romania, San Marino e Serbia. Per le notifiche di deroga e le istanze con cui se ne annuncia il ritiro, v. www.coe.int.

²¹ Si noti che la dottrina si è divisa sull'opportunità che la clausola di deroga venga invocata dagli Stati che hanno fatto ricorso a misure straordinarie per contenere la pandemia. A favore, fra gli altri, A. GREENE, "States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic", *Strasbourg Observers*, 1 aprile 2020; A.J. PALMA, *Pandemia e diritti umani: l'Italia e lo stato di eccezione al tempo del coronavirus*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 303 ss.; M. ARGENTINI, "Fase 1" di contrasto al COVID-19, *ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 153 ss.; G.M. FARNELLI, *Proporzionalità ed emergenza sanitaria da COVID-19 nei parametri CEDU*, in *La comunità internazionale*, 2020, p. 97 ss. Questi autori sostengono la necessità di far ricorso alla deroga che deriverebbe dall'asserita inadeguatezza delle limitazioni normalmente concesse dai trattati e dal rischio che una loro interpretazione eccessivamente elastica possa irrimediabilmente fiaccare il sistema di protezione convenzionale. *Contra*, M. SCHEININ, "COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?", *Opinio Juris*, 6 aprile 2020; K. DZEHTSIAROU, "COVID-19 and the European Convention on Human Rights", *Strasbourg Observers*, 27 marzo 2020. Questi esperti sottolineano la pericolosità del ricorso alla deroga, che introdurrebbe norme eccezionali a fronte di una situazione comunque gestibile con gli strumenti di limitazione ordinari.

Per quale motivo, dunque, alcuni Stati hanno proceduto a sospendere alcune disposizioni della Convenzione? Una prima ipotesi è che abbiano svolto un'analisi attenta della prassi CEDU e delle misure adottate, concludendo che la loro attuazione avrebbe con ogni probabilità integrato una o più violazioni della Convenzione. In questo caso, il ricorso alla deroga sarebbe in effetti l'unica via per evitare l'insorgere di una responsabilità giuridica internazionale. Ciò anche alla luce del fatto che la Corte europea ha tradizionalmente conferito un ampio margine d'apprezzamento agli Stati che hanno fatto ricorso alla deroga, sia nella valutazione della gravità della situazione, sia nella scelta delle misure necessarie per farvi fronte²². Le misure adottate in deroga sarebbero dunque esaminate con maggior indulgenza da parte della Corte europea.

Una seconda ipotesi è che, nel dubbio, alcuni Stati abbiano deciso di derogare in via «precauzionale» non potendo in effetti valutare a pieno se i provvedimenti introdotti siano o meno compatibili col testo convenzionale. A sostegno di questa tesi v'è la formulazione di alcune delle notifiche di deroga, secondo le quali le misure adottate «may involve a derogation from certain obligations»²³, suggerendo quindi che lo Stato non abbia certezze assolute a riguardo²⁴.

4. Conclusioni

Chi in questi mesi si è trovato a gestire le enormi difficoltà generate dalla pandemia potrà trovare ozioso il soffermarsi sulle decisioni che la Corte europea o altri organi di monitoraggio internazionale renderanno in relazione alle politiche attuate dagli Stati per fronteggiare l'emergenza. Eppure, anche in queste situazioni il controllo internazionale può svolgere un ruolo importante. Esso può, da un lato, evidenziare le iniziative di governi che, seppur in perfetta buona fede, potrebbero aver ecceduto nel restringere i diritti e le libertà di quanti sono sottoposti alla loro giurisdizione. Dall'altro potrà

²² Corte EDU, sentenza del 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 207.

²³ Estonia, notifica ai sensi dell'art. 15, par. 3, della CEDU, JJ9017C Tr./005-229, 20 marzo 2020.

²⁴ Tale indeterminatezza nella formulazione delle notifiche di deroga è stata segnalata, con riferimento a casi di calamità naturale, da E. SOMMARIO, *Limitation and Derogation Provisions*, cit., p. 113. Il punto è stato poi ripreso, in relazione alle notifiche relative all'emergenza COVID-19, da A. SPADARO, *COVID-19: Testing the Limits of Human Rights*, cit., p. 322, e da E. RICHARDSON, C. DEVINE, *Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, 2020, pp. 128-130.

portare all'attenzione degli Stati e dell'opinione pubblica i tentativi di alcuni governi che hanno approfittato dell'emergenza per giustificare l'introduzione di misure incompatibili con lo stato di diritto e la vita democratica²⁵. Da ultimo, il responso degli organi di monitoraggio potrà aiutare a chiarire i contorni effettivi delle clausole di limitazione ordinarie, così come la portata reale della clausola derogatoria quando utilizzata in contesti di pandemia globale. È quindi fondamentale che i Giudici di Strasburgo, le corti regionali e gli organi dell'ONU abbiano presto occasione di esprimersi sulle strategie di contrasto all'epidemia proposte dagli Stati in questi mesi drammatici²⁶. In effetti, le prime risposte dalla Corte europea stanno arrivando, e sembrano propendere per una lettura accomodante degli standard convenzionali²⁷.

²⁵ E. ZALANS, "Hungary's Orban seeks indefinite power in virus bill", *EuObserver*, 23 marzo 2020. Per un commento si veda S. BENVENUTI, "Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»", *SIDIBlog*, 7 aprile 2020.

²⁶ Sono in effetti già numerosi i ricorsi presentati alla Corte europea con riferimento alle misure anti-COVID e al loro effetto sul godimento di diversi diritti umani, quali il diritto alla libertà di riunione (ric. n. 21881/20 del 26 maggio 2020, *Communauté Genevoise d'Action Syndicale c. Svizzera*), la libertà di manifestare la propria religione (ric. n. 29443/20 del 1 ottobre 2020, *Spinu c. Romania*), e il diritto di proprietà (ric. n. 41217/20 del 5 dicembre 2020, *Toromag, S.R.O. c. Slovacchia*).

²⁷ V. per esempio Corte EDU, decisione di ammissibilità del 20 maggio 2021, ric. n. 49933/20, *Terbeş c. Romania*, nella quale la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso, stabilendo che – contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente – le misure di confinamento generale introdotte dal governo rumeno non integrano una violazione del diritto alla libertà personale (art. 5) ma vanno piuttosto valutate alla luce dell'art. 2 del Protocollo n. 4 della CEDU, che garantisce la libertà di circolazione (par. 45). Peraltro, la decisione precisa che la Romania ha presentato istanza di deroga rispetto a quest'ultimo disposto, suggerendo che – qualora il ricorrente l'avesse invocato – lo Stato rispondente avrebbe avuto un solido argomento di difesa (par. 46).

COVID-19 e disuguaglianze di genere: l'impatto della pandemia sulle donne

FULVIA STAIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'impatto differenziato della pandemia da COVID-19 su diverse categorie di donne: il caso delle lavoratrici domestiche. – 3. Gli effetti della pandemia sulla prevenzione e la lotta alla violenza di genere. – 4. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: La pandemia da COVID-19 ha aggravato preesistenti disuguaglianze di genere e generato nuovi problemi per le donne. In un *policy brief* presentato il 9 aprile 2020, il Segretario generale delle Nazioni Unite ha riconosciuto la particolare gravità degli effetti di tale pandemia sulle donne in una serie di ambiti (tra cui il lavoro di cura non retribuito, la violenza di genere, la salute e l'ambito economico). Il presente contributo prende le mosse da questo *policy brief* per analizzare l'impatto sproporzionato e negativo che il COVID-19 ha prodotto (e con ogni probabilità continuerà a produrre) sui diritti economici e sociali delle donne e più in generale sui loro diritti umani, sottolineando debolezze e punti di forza dell'approccio adottato dal Segretario generale. Da un lato, dunque, verrà dedicata una specifica attenzione ai limiti di una prospettiva di genere monodimensionale e generalizzata, che non tiene conto delle specificità di diverse categorie di donne sulla base di fattori come il reddito, la nazionalità, lo *status* di migrante o l'origine etnica. Dall'altro, un aspetto positivo del *policy brief* riguarda la consapevolezza dell'aumentato rischio per le donne di subire violenza di genere durante la pandemia e l'identificazione di misure statali concrete per una efficace prevenzione e repressione di tale fenomeno. Entrambi questi profili saranno analizzati alla luce degli obblighi statali sanciti dai sistemi universali e regionali di tutela dei diritti economici e sociali.

PAROLE CHIAVE: Diritti economici e sociali – diritti umani – donne – lavoro di cura – violenza di genere – COVID-19.

1. Introduzione

Il 9 aprile 2020, il Segretario generale delle Nazioni Unite ha presentato un *policy brief* relativo all'impatto del COVID-19 sulle donne¹. Nel documento sono individuati cinque diversi ambiti in cui la pandemia produrrà un impatto specifico sulle donne, aggravando disuguaglianze di genere preesistenti e generando nuovi problemi. La premessa alla base di questa analisi è che gli effetti della pandemia in corso saranno particolarmente gravi per le

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università Giustino Fortunato, f.staiano@unifortunato.eu.

¹ Segretario generale delle Nazioni Unite, *Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women* del 9 aprile 2020.

donne «simply by virtue of their sex»². In particolare, l'impatto del COVID-19 sulle donne viene commentato con riferimento all'ambito economico, alla salute, al lavoro di cura non retribuito, alla violenza di genere e a particolari contesti di fragilità, conflitto o altre emergenze.

Nel documento in esame, il Segretario generale solleva questioni senz'altro meritevoli di attenzione. La qualificazione di situazioni di disagio, esclusione sociale, mancato godimento di diritti fondamentali e discriminazione per ragioni di genere, non come frutto di una temporanea situazione di emergenza bensì come problemi strutturali a livello globale, appare del tutto condivisibile. È infatti evidente che l'impatto del COVID-19 sul godimento di diritti economici e sociali sarà particolarmente grave e pronunciato per tutte le categorie di soggetti che prima di tale emergenza già sperimentavano – per i più svariati motivi – situazioni di vulnerabilità. Questo breve commento si soffermerà in particolare su due aspetti del *policy brief*, analizzando il suo approccio essenzialista a questioni di disuguaglianza di genere e le osservazioni del Segretario generale in materia di violenza di genere.

2. L'impatto differenziato della pandemia da COVID-19 su diverse categorie di donne: il caso delle lavoratrici domestiche

Alcuni profili del *policy brief* offrono spunti di riflessione critica. Tra gli altri, il *policy brief* sembra adottare una prospettiva di genere monodimensionale già rilevata nella prassi di altri organi delle Nazioni Unite, tra cui il Consiglio di sicurezza³. L'impatto del COVID-19 sulle donne viene commentato in senso generalizzato, senza prendere in considerazione i diversi effetti che questa pandemia produrrà su diverse categorie di donne. In particolare, fattori come il reddito, la nazionalità, lo *status* di migrante o l'origine etnica sono trascurati nell'analisi. Soltanto in alcuni punti specifici del *brief* il Segretario generale opera rapidi riferimenti a particolari categorie, come nel caso dell'accesso a servizi sanitari da parte di donne in comunità rurali e marginalizzate⁴ o nel caso dell'accesso a informazioni legate alla prevenzione in materia di COVID-19 da parte di donne in situazioni di conflitto, donne

² Ivi, p. 2.

³ G. HEATHCOTE, *Security Council Resolution 2242 on Women, Peace and Security: Progressive Gains or Dangerous Development?*, in *Global Society*, 2018, p. 374 ss.; F. NÍ AOLÁIN, *The 'war on terror' and extremism: assessing the relevance of the Women, Peace and Security agenda*, in *International Affairs*, 2016, p. 275 ss.

⁴ *Policy brief*, cit., p. 10.

in gravidanza e donne disabili⁵. Un riconoscimento più ampio dell'impatto differenziato che il COVID-19 produrrà su diversi gruppi, tuttavia, sarebbe stato opportuno non soltanto in relazione all'analisi dello stato attuale ma anche e soprattutto in relazione alle soluzioni proposte. Questa limitazione appare con particolare evidenza nelle sezioni dedicate agli effetti del COVID-19 dal punto di vista economico e del lavoro di cura. I problemi analizzati e le soluzioni prospettate in queste sezioni, infatti, trascurano del tutto il particolare impatto che il COVID-19 produrrà su alcune categorie di donne. Ad esempio, una pur breve analisi della diseguale distribuzione del lavoro di cura all'interno della famiglia e delle difficoltà di bilanciamento tra lavoro retribuito e carichi familiari – e di come il COVID-19 potrebbe aggravare questa disuguaglianza – non può non tenere conto del ruolo cruciale giocato dalle lavoratrici domestiche in questo contesto, nonché della significativa concentrazione di donne straniere⁶ in questo settore. Se dunque nel *policy brief* si osserva che il COVID-19 ha «intensificato in modo esponenziale» (*intensified exponentially*) la domanda di lavoro di cura⁷, l'analisi che ne consegue sembra riguardare esclusivamente gli effetti di questo fenomeno sul lavoro di cura non retribuito prestato dalle donne per i propri familiari, e non anche sull'attività e la condizione delle lavoratrici domestiche. Per questa categoria, l'emergenza legata alla diffusione del COVID-19 potrebbe portare a un aggravamento di preesistenti situazioni di isolamento, vulnerabilità o precarietà lavorativa, nonché ad un aumento del rischio di sfruttamento sul lavoro.

L'impatto sulle lavoratrici domestiche straniere di misure restrittive della libertà di movimento allo scopo di contrastare la diffusione del COVID-19, con particolare riferimento al Medio Oriente, è stato già oggetto di commento nel contesto di notizie riportate da organizzazioni non governative come *Human Rights Watch*⁸ e *Amnesty International*.⁹ La scarsa considerazione delle lavoratrici domestiche nel *policy brief* in esame (al di là di un rapido riferimento alla necessità di includere questa categoria tra i beneficiari di misure sostitutive del reddito in caso di lavoro sommerso) appare

⁵ Ivi, p. 11.

⁶ Organizzazione internazionale del lavoro, *Implementation of international labour standards for domestic workers*, Research Brief n. 9, 2017.

⁷ *Policy brief*, cit., p. 13.

⁸ R. BEGUM, "Domestic Workers in Middle East Risk Abuse Amid COVID-19 Crisis", *Human Rights Watch*, 6 aprile 2020; "Lebanon: Migrant domestic workers must be protected during COVID-19 pandemic", *Amnesty International News*, 14 aprile 2020.

⁹ "Lebanon: Migrant domestic workers must be protected during COVID-19 pandemic", *Amnesty International News*, 14 aprile 2020.

poi ancora più sorprendente alla luce delle tre priorità trasversali da esso identificate. Una di queste priorità riguarda infatti la realizzazione di un cambiamento radicale e del raggiungimento della parità nella cosiddetta *care economy* che includa, come già osservato, sia il lavoro di cura retribuito che quello non retribuito.

Da un punto di vista più strettamente giuridico, gli obblighi internazionali assunti dagli Stati in relazione alla tutela dei diritti fondamentali delle lavoratrici domestiche migranti continuano a vincolarli anche nel corso della pandemia da COVID-19. In materia, l'unico strumento di tutela specificamente dedicato alle lavoratrici domestiche migranti e a carattere vincolante è la Convenzione sul lavoro domestico adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro nel 2011¹⁰. Tuttavia, la Convenzione in parola ha ricevuto un numero molto limitato di ratifiche, per lo più da parte di Stati di emigrazione (tra gli Stati di immigrazione che ne hanno effettuato la ratifica è possibile annoverare l'Italia). Per gli Stati Parte, la Convenzione sul lavoro domestico sancisce obblighi positivi in relazione non solo al riconoscimento di una serie di diritti socio-economici (come il diritto alla parità di trattamento con gli altri lavoratori in materia di orario di lavoro, riposo giornaliero e ferie *ex art. 10*) ma anche alla garanzia di un'effettiva protezione di tali diritti nei rapporti tra lavoratori domestici e datori di lavoro (come nel caso dell'art. 9, il quale prevede un obbligo per gli Stati parte di adottare misure volte ad assicurare che i lavoratori e le lavoratrici domestiche siano liberi di concordare con il proprio datore di lavoro l'eventuale permanenza nell'abitazione dove svolgono la loro attività e che siano liberi e libere di lasciare tale abitazione durante il riposo giornaliero, settimanale e annuale). Ai fini di questo breve commento, e dunque con specifico riferimento alla tutela delle lavoratrici domestiche in generale e di quelle straniere in particolare, è utile segnalare l'obbligo per gli Stati parte di adottare misure per garantire la sicurezza sul lavoro e la salute dei lavoratori domestici e delle lavoratrici domestiche *ex art. 13*, di garantire l'accesso a misure di sicurezza sociale – anche in materia di tutela della maternità – in condizioni di parità di trattamento con gli altri lavoratori *ex art. 14*, nonché l'obbligo di assicurare una effettiva protezione contro ogni forma di abuso e violenza *ex art. 5*. Inoltre, l'art. 8, par. 3, prevede un obbligo di cooperazione per gli Stati parte al fine di assicurare l'effettiva applicazione delle previsioni della Convenzione in esame ai lavoratori e alle lavoratrici migranti. Gli obblighi gravanti sugli Stati parte della Convenzione sembrano preservare la loro piena applicabilità

¹⁰ Organizzazione internazionale del lavoro, Convenzione sulle lavoratrici e i lavoratori domestici C-189 del 2011.

anche durante l'attuale emergenza legata alla diffusione del COVID-19. Se da un lato alcune delle norme richiamate (in particolare gli art. 13 e 14) prevedono che le misure richieste potranno essere applicate progressivamente e in ogni caso che tali misure debbano essere adottate in conformità con le leggi e le prassi nazionali, dall'altro la Convenzione tace sulla facoltà per gli Stati parte di derogare a queste disposizioni o di sospendere temporaneamente la Convenzione stessa in caso di emergenza. In assenza di specifiche clausole sul punto nella Convenzione, il diritto consuetudinario come codificato negli art. 57 e 58 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹¹ ammetterebbe una sospensione degli obblighi gravanti sugli Stati parte solo in presenza del consenso di tutte le parti o (a determinate condizioni) solo nei rapporti tra alcune delle parti¹².

Su un piano più generale, i principali sistemi universali e regionali di tutela dei diritti economici e sociali ammettono limitazioni a tali diritti (si veda ad esempio l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali¹³) ma non deroghe o sospensioni da parte degli Stati in situazioni di emergenza¹⁴. Se dunque il problema di garantire la tutela dei diritti civili e politici durante la pandemia da COVID-19 si sta imponendo all'attenzione della dottrina¹⁵ alla luce di deroghe unilaterali da parte di alcuni Stati ad obblighi sanciti da convenzioni internazionali come il Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁶, la CEDU¹⁷ o la Convenzione americana sui diritti umani¹⁸, è utile sottolineare che gli obblighi precedentemente assunti dagli Stati in materia di tutela dei diritti economici e sociali continuano a vincolarli anche durante la pandemia in corso. Come è ovvio, ciò riguarda anche tutte

¹¹ Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969.

¹² T. GIEGERICH, *Article 57. Suspension of the Operation of a Treaty Under its Provisions or by Consent of the Parties*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, 2018, p. 1061 ss.

¹³ Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

¹⁴ M. SCHEININ, "COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?", *Opinio Juris*, 6 aprile 2020.

¹⁵ Sul punto, si veda S. BENVENUTI, "Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «Sulla protezione contro il coronavirus»", *SIDIBlog*, 7 aprile 2020; P. DE SENA, "Contrasto al COVID-19 e/o demolizione dello Stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea", *SIDIBlog*, 7 aprile 2020; E. SOMMARIO, "Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe", *SIDIBlog*, 27 marzo 2020; A. SACCUCCI, "La sospensione dei termini processuali da parte della Corte europea per l'emergenza COVID-19", *SIDIBlog*, 27 marzo 2020; F. TAMMONE, "«*Nous Sommes en Guerre*»: La lotta globale alla pandemia alla prova del Patto internazionale sui diritti civili e politici", *SIDIBlog*, 27 marzo 2020.

¹⁶ Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

¹⁷ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

¹⁸ Convenzione americana dei diritti umani del 1969.

le previsioni di diritto internazionale pattizio applicabili alle lavoratrici domestiche straniere, incluse le disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il divieto di discriminazioni nel riconoscimento di tali diritti in ragione del genere o dell'origine etnica sancito dalla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW)¹⁹ e dalla Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale²⁰. Numerosi *human rights treaty bodies* delle Nazioni Unite hanno offerto importanti chiarimenti circa l'applicabilità di queste norme anche alle lavoratrici domestiche migranti²¹, adottando l'approccio multidimensionale e intersezionale alla questione delle disuguaglianze di genere²² che è invece mancato nel *policy brief*. Il Comitato sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie ha dedicato il suo primo *General Comment* proprio al lavoro domestico²³, identificando le lavoratrici domestiche migranti come particolarmente a rischio di subire forme di sfruttamento e abuso nonché violenza di genere. Nel suo *General Comment* n. 26 sulle lavoratrici migranti il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne²⁴ ha esortato gli Stati Parte della CEDAW ad adottare specifiche misure anche a tutela delle lavoratrici domestiche migranti contro ogni forma di discriminazione (ad esempio in materia di orario di lavoro, salario, sicurezza sul lavoro e ferie). Più

¹⁹ Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979.

²⁰ Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965.

²¹ S. MULLALLY, *Migrant Domestic Workers and Continuums of Exploitation: Beyond the Limits of Antitrafficking Laws*, in *AJIL Unbound*, 2017, p. 498 ss.

²² Il concetto di intersezionalità nasce e si sviluppa nel contesto della dottrina statunitense in materia di discriminazioni di genere a danno di donne afroamericane. Il termine "discriminazione intersezionale" viene oggi utilizzato per indicare tutte le forme di discriminazione scaturenti dall'interazione e dalla combinazione inestricabile di più motivi. Sul punto, si vedano ad esempio K. CRENSHAW, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; K. CRENSHAW, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 1241 ss.; J. BULLOCK, A. MASSELOT, *Multiple Discrimination and Intersectional Disadvantage: Challenges and Opportunities in the European Union Legal Framework*, in *Columbia Journal of European Law*, 2012, p. 57 ss.; B.G. BELLO, *Diritto e genere visti dal margine: spunti per un dibattito sull'approccio intersezionale al diritto antidiscriminatorio in Italia*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2015, p. 141 ss.; A. DI STEFANO, *Prospettive di genere e diritti umani: il contributo delle teorie femministe sul diritto internazionale*, Firenze, 2012.

²³ Comitato sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, *General Comment No. 1 on Migrant Domestic Workers*, UN Doc. CMW/C/GC/1 del 23 febbraio 2011.

²⁴ Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 26 on Women Migrant Workers*, UN Doc. CEDAW/C/2009/WP.1/R del 5 dicembre 2008.

recentemente, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali²⁵ ha riconosciuto la prevalenza di donne e di minoranze etniche o di migranti nel settore del lavoro domestico e ha sottolineato l'importanza del riconoscimento del diritto a condizioni di lavoro eque per questa categoria.

3. Gli effetti della pandemia sulla prevenzione e la lotta alla violenza di genere

Un aspetto positivo del *policy brief* riguarda l'analisi condotta dal Segretario generale nell'ambito dellaviolenza di genere, che risulta efficace e di assoluta rilevanza nel contesto attuale. I dati forniti nel documento comunicano con chiarezza che il COVID-19 ha generato un aumento significativo dei casi di violenza contro le donne, anche in conseguenza dell'adozione da parte di molti Stati di misure di limitazione degli spostamenti e della libertà di movimento. La pandemia in corso ha non solo aggravato preesistenti situazioni di rischio, ma anche diminuito le possibilità di reazione a situazioni di violenza, riducendo la capacità di risposta da parte delle autorità e dei servizi competenti. Proprio perché la violenza di genere colpisce le donne in quanto tali, i problemi rilevati dal Segretario generale (e confermati dall'OMS²⁶, dalla Relatrice speciale sulla violenza contro le donne²⁷ e, nel contesto europeo, dalla Segretaria generale del Consiglio d'Europa²⁸) non riguardano singole categorie di soggetti o singoli Stati ma costituiscono un problema realmente trasversale e globale. Sebbene la capacità di reazione individuale a situazioni di violenza di genere possa variare in presenza di condizioni di svantaggio sociale ed economico e possa certamente diminuire in presenza di una pandemia come quella in atto, il *policy brief* del Segretario generale mostra come gli Stati possono realisticamente porre in essere soluzioni adeguate anche in situazioni di emergenza. In particolare, la sezione dedicata alla violenza contro le donne sottolinea la necessità di includere nel contesto di piani nazionali di risposta alla diffusione del COVID-19 misure che qualificano le case rifugio come servizi essenziali, l'aumento degli spazi a

²⁵ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General comment No. 23 (2016) on the Right to Just and Favourable Conditions of Work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UN Doc. E/C.12/GC/23 del 27 aprile 2016.

²⁶ Organizzazione mondiale della sanità, *COVID-19 and violence against women: What the health sector/system can do* 7 dell'aprile 2020.

²⁷ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *States must combat domestic violence in the context of COVID-19 lockdowns* del 27 marzo 2020, www.ohchr.org.

²⁸ Consiglio d'Europa, *COVID-19 crisis: Secretary General concerned about increased risk of domestic violence* del 30 marzo 2020, www.coe.int.

disposizione per l'accoglienza delle vittime di violenza, nonché il potenziamento dei servizi già disponibili (inclusa la possibilità di segnalare situazioni di violenza *online* o in luoghi sicuri e accessibili, come le farmacie o i supermercati).

È appena il caso di osservare che molte delle misure in questione richiamano precisi obblighi degli Stati parte della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica²⁹. Tra questi, particolarmente importanti ai fini di questo commento risultano le disposizioni del Capitolo IV della Convenzione, che includono obblighi positivi per gli Stati parte di fornire servizi di supporto generali (art. 20) e specializzati (art. 22), di creare un numero sufficiente di alloggi sicuri per le vittime (art. 23) e di istituire linee telefoniche di sostegno operanti 24 ore su 24 (art. 24). Proprio in relazione alla diffusione del COVID-19, la Presidente del GREVIO (Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) ha ricordato che la Convenzione di Istanbul deve continuare ad essere applicata sia in situazioni di conflitto che durante una pandemia come quella in corso e ha invitato gli Stati Parte a provvedere affinché le donne a rischio di violenza possano continuare a ricevere supporto e protezione³⁰. La stessa posizione è stata espressa dal Comitato degli Stati Parte della Convenzione, contestualmente all'indicazione di possibili misure preventive e repressive da adottare durante la pandemia alla luce delle previsioni della Convenzione stessa³¹. Su un piano più generale, è opportuno sottolineare che, ai sensi dell'art. 5(2) della Convenzione, sugli Stati parte grava il dovere di esercitare una dovuta diligenza nella prevenzione e nella repressione della violenza contro le donne. Simili obblighi sono stati ricavati in via interpretativa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da diverse norme della CEDU,

²⁹ *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* del 2011. Sul punto, si veda J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds), *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon-New York, 2020; F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 51 ss.; S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano-Udine, 2016; A. DI STEFANO, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella nuova Convenzione del Consiglio d'Europa*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 169 ss.

³⁰ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *States must combat domestic violence in the context of COVID-19 lockdowns – UN rights expert* del 20 marzo 2020, www.ohchr.org.

³¹ Declaration of the Committee of the Parties to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) on the implementation of the Convention during the COVID-19 pandemic, 20 aprile 2020.

tra cui l'art. 2 (diritto alla vita) e l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti)³².

Al di là dell'ambito europeo, il Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne ha sottolineato che l'obbligo di esercitare la dovuta diligenza nel prevenire e reprimere forme di violenza di genere grava sugli Stati Parte della CEDAW anche durante l'attuale emergenza sanitaria³³. Ad avviso del Comitato, i piani nazionali di risposta alla diffusione del COVID-19 dovrebbero rendere prioritario l'accesso a servizi di assistenza, supporto e accoglienza per le donne vittime di violenza nonché assicurare l'accesso alla giustizia. Questi chiarimenti risultano particolarmente importanti in considerazione dell'ampissima partecipazione degli Stati alla CEDAW (vincolante per ben 189 Stati parte), e del fatto che il divieto di discriminazione sancito da questa Convenzione è stato interpretato dal Comitato come inclusivo di un divieto di violenza di genere (a suo avviso ormai assunto a norma di diritto internazionale consuetudinario, come affermato al par. 2 della *General Recommendation* in parola)³⁴.

4. Osservazioni conclusive

Dopo la pubblicazione del *policy brief*, l'Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani ha pubblicato un documento relativo alla tutela dei diritti umani delle donne durante l'emergenza da COVID-19³⁵ in cui, da un lato, sono stati approfonditi alcuni aspetti già trattati dal Segretario generale e, dall'altro, sono state evidenziate buone pratiche degli Stati in materia. Tra i molti profili di rilievo, ai fini di questo breve commento è utile sottolineare che l'Alto Commissariato ha evidenziato il particolare rischio di infezione a cui alcune categorie di donne (tra cui le lavoratrici

³² Si veda ad esempio Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2007, ric. 7510/04, *Kontrová c. Albania*; Corte EDU, sentenza del 9 luglio 2019, ric. 41261/17, *Volodina c. Russia*; Corte EDU, sentenza del 4 agosto 2020, ric. 48756/14, *Tërshana c. Albania*.

³³ Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, *Guidance Note on CEDAW and COVID-19* del 22 aprile 2020, www.ohchr.org.

³⁴ Comitato per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, *General Recommendation on Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19*, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 del 26 luglio 2017. Sul punto, si veda S. DE VIDO, *The Prohibition of Violence Against Women as Customary International Law? Remarks on the CEDAW General Recommendation No. 35*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 379 ss.

³⁵ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *COVID-19 and Women's Human Rights: Guidance. What Is the Impact of COVID-19 on Gender-Based Violence?* del 15 aprile 2020, www.ohchr.org.

domestiche migranti) sono esposte e l'impatto sproporzionato che il COVID-19 può produrre sulle opportunità lavorative e la protezione sociale delle donne migranti. In materia di violenza di genere, l'Alto Commissariato riproduce essenzialmente l'approccio del *policy brief*, identificando gli Stati che hanno già provveduto ad adottare misure per garantire una effettiva protezione delle donne. In questo contesto, le misure italiane volte alla riconversione di strutture preesistenti in spazi di accoglienza per le vittime di violenza sono state identificate come esempio di «promising practice»³⁶. Tali misure appaiono utili a garantire il rispetto degli obblighi positivi gravanti sull'Italia alla luce della Convenzione di Istanbul (in particolare l'art. 23 della Convenzione). In ogni caso, i temi affrontati dal *policy brief* del Segretario generale delle Nazioni Unite relativo all'impatto del COVID-19 sulle donne suggeriscono che il problema essenziale in materia non è costituito dalla pandemia in sé, ma dalla sua capacità di amplificare (come qualsiasi altro evento dirompente ed imprevisto) gli effetti di situazioni di strutturale vulnerabilità e disuguaglianza a livello globale. Al di là delle singole criticità e dei punti di forza brevemente analizzati in questo commento, il merito principale del *policy brief* sembra essere quello di aver evidenziato che, oltre alla gestione dell'emergenza attuale, è necessario rimediare a problemi endemici per aumentare la capacità di resistenza e di reazione delle donne ad eventi che minacciano la loro salute, il loro benessere socio-economico e i loro diritti fondamentali. L'adozione di politiche e normative nazionali in questo ambito, peraltro, corrisponde ad obblighi positivi per gli Stati parte in materia di eliminazione delle discriminazioni e disuguaglianze di genere. Sia la CEDAW (art. 5) che la Convenzione di Istanbul (art. 12), ad esempio, impongono agli Stati parte l'adozione di misure necessarie a promuovere il superamento di modelli stereotipati dei ruoli di uomini e donne sia all'interno della famiglia che nella società civile. Dunque, non solo in contesti di gestione dell'emergenza sanitaria attuale ma anche nella futura fase di ripresa delle attività lavorative e produttive, si impone un'attenta riflessione da parte degli Stati sulla necessità di rispettare questi obblighi (ad esempio, evitando che il lavoro di cura non retribuito gravi in modo sproporzionato sulle donne).

³⁶ *Policy brief*, cit., p. 1.

«*Nous sommes en guerre*»: il contrasto alla diffusione del COVID-19 nel quadro del Patto internazionale sui diritti civili e politici

FRANCESCA TAMMONE*

SOMMARIO: 1. Premessa: le misure di contenimento del COVID-19 adottate all'indomani dell'emergenza globale. – 2. La qualificazione delle misure restrittive. – 3. Considerazioni sulla legittimità delle deroghe motivate dalla pandemia nella “prima fase” della sua diffusione. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo analizza le restrizioni dei diritti fondamentali, adottate al fine di contenere il virus nella “prima fase” della sua diffusione, attraverso la lente del Patto internazionale sui diritti civili e politici. L'obiettivo è quello di esaminare se tali provvedimenti, adottati su scala globale allo scopo di salvaguardare la salute della collettività, possano ritenersi compatibili con lo standard universale di protezione dei diritti umani previsto da tale trattato. Dopo aver sinteticamente tracciato la distinzione tra limitazioni dei diritti fondamentali motivate da esigenze statali, da un lato, e forme di vera e propria sospensione temporanea dei diritti stessi, dall'altro, si riconducono le misure restrittive della libertà di movimento e del diritto di riunione pacifica – al tempo vigenti in gran parte degli Stati del mondo – alla seconda categoria. Riscontrato nel modello del total lockdown un tale livello di severità, si valuta pertanto la possibilità di applicare la clausola di deroga prevista dall'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Sulla base di argomenti tratti sia dalla teoria che dalla prassi sul punto, si osserva che l'emergenza sanitaria in corso, costituendo una minaccia generalizzata all'incolumità dell'intera popolazione, integra una legittima causa di derogabilità del trattato. Infine, si evidenzia come un gran numero di Stati membri del Patto non abbia attivato la procedura della deroga di cui all'art. 4, venendo meno agli obblighi convenzionali.

PAROLE CHIAVE: Emergenza – pandemia – clausole di limitazione – deroga – libertà di movimento – diritto di riunione pacifica.

1. Premessa: le misure di contenimento del COVID-19 adottate all'indomani dell'emergenza globale

«*Nous sommes en guerre, guerre sanitaire*»¹. Con queste parole, il Presidente

* Dottoranda di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti, Università degli Studi di Palermo, in co-tutela con l'Université Côte d'Azur di Nizza (Francia), francesca.tammone@community.unipa.it.

¹ Quest'inciso è tratto dalla conferenza tenuta in diretta nazionale dal Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron in data 16 marzo 2020. Per la visione in video del discorso integrale, si rinvia a: “«*Nous sommes en guerre*»: le verbatim du discours d'Emmanuel Macron”, *Le Monde*, 16 marzo 2020.

della repubblica francese Emmanuel Macron, il 16 marzo 2020, annunciava l'adozione di misure straordinarie da parte dello Stato per impedire la propagazione del Coronavirus (SARS-CoV2, o, più comunemente, COVID-19). A pochi giorni di distanza da quanto già avvenuto in Italia per effetto del decreto ministeriale del 9 marzo 2020², e ancora prima in Cina, epicentro del contagio³, anche la Francia proclamava, così, il *total lockdown*. Come ormai noto, tale modello prevede l'introduzione, *in tutto il territorio nazionale*, di pesanti limitazioni dei diritti individuali – *in primis* della libertà di movimento e del diritto di riunione pacifica – volte ad arginare il più possibile il contatto umano che è alla base della diffusione del virus⁴. Tra i provvedimenti adottati sia dall'Italia che dalla Francia, rientravano, appunto, il divieto di recarsi all'estero per motivi che non rientrino tra quelli di stretta necessità, lavoro e urgenza; il divieto assoluto di mobilità dal proprio domicilio per le persone sottoposte alla misura di quarantena; la sospensione degli eventi e delle manifestazioni sportive, culturali e ludiche; la sospensione dell'attività didattica negli edifici scolastici e la previsione di sanzioni amministrative per la violazione di dette disposizioni. Misure pressoché analoghe sono peraltro state introdotte, poco dopo, anche da Spagna e Grecia, che hanno dichiarato il *lockdown* nazionale rispettivamente il 18⁵ e il 22 marzo 2020⁶. Nello stesso momento, 48 Stati degli USA proclamavano lo stato di emergenza sul proprio territorio⁷ prescrivendo, nell'ambito delle proprie competenze, divieti “a geometria variabile” circa riunioni, assembramenti e svolgimento di attività sportive e didattiche.

La potenza del contagio da COVID-19, inizialmente dilagante solo in Asia, ha dunque via via successivamente impattato su tutti gli Stati del mondo. Con

² Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 9 marzo 2020, “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”. Il DPCM del 9 marzo ha appunto esteso le misure pesantemente restrittive, applicate, per effetto del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, alle sole “zone rosse” (interessate da un maggior numero di contagi), a tutto il territorio nazionale.

³ E. FENG, “Restrictions and Rewards: How China Is Locking Down Half A Billion Citizens”, *NPR: National Public Radio*, 21 febbraio 2020.

⁴ Il virus si diffonde attraverso *droplets* che si trasmettono da un individuo all'altro. Tutte le informazioni e i documenti ufficiali sulle modalità di trasmissione del COVID-19 sono reperibili sul sito dell'OMS, www.who.int.

⁵ Real decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, www.boe.es.

⁶ “Imposition of the measure of temporary restriction of movement in response to the danger of Coronavirus COVID-19 spread” (“Επιβολή του μέτρου του προσωρινού περιορισμού της κυκλοφορίας των πολιτών προς αντιμετώπιση του κινδύνου διασποράς του κορωνοϊού COVID-19”), No D1/GP. oik. 20036/2020, O.G B'986/22-3-2020, disponibile in greco, www.taxheaven.gr.

⁷ R. PERPER, E. CRANLEY, S. AL-ARSHANI, “Almost all US states have declared states of emergency to fight coronavirus — here's what it means for them”, *Insider*, 17 marzo 2020.

questa premessa, il presente contributo intende fare chiarezza sulla legittimità dei provvedimenti adottati per il contenimento del virus, limitando l'analisi alla sola "prima fase" della pandemia⁸, alla luce dello standard *universale* di tutela dei diritti umani descritto dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (d'ora in avanti, "PIDCP", o anche solo "Patto")⁹. A tal fine, occorrerà valutare, da un lato, se ed in che termini restrizioni tanto incisive sui diritti fondamentali siano compatibili con il trattato (par. 2), e, dall'altro lato, se il caso della pandemia in atto rientri tra le legittime cause di derogabilità del Patto (par. 3). Alla luce di diversi argomenti tratti dalla prassi sul punto, potranno tracciarsi, infine, alcune considerazioni conclusive (par. 4).

2. La qualificazione delle misure restrittive

Al pari delle più note convenzioni *regionali* a protezione dei diritti fondamentali¹⁰, il Patto ammette pacificamente che i diritti ivi previsti subiscano restrizioni in ragione della salvaguardia di *interessi statali*. Tale possibilità è contemplata anche dagli art. 12 e 21 PIDCP, che, ponendosi rispettivamente a tutela della libertà di movimento e di riunione pacifica, sono in questo caso le disposizioni maggiormente interessate dalle misure di contenimento del virus. Entrambe consentono allo Stato di limitare tali diritti per esigenze dovute alla legge e alla necessità di salvaguardare la sicurezza nazionale, la moralità collettiva e anche la *sanità pubblica*. In questi casi, la compressione del diritto, diversamente calibrata a seconda del suo contenuto, risponde a *esigenze ordinarie* di ordine pubblico e non necessita di comunicazione alle altre Parti del trattato. È bene evidenziare, inoltre, che tali limitazioni non sono commisurate a una situazione temporalmente delimitata, potendo al contrario divenire anche *permanenti*¹¹.

⁸ La terminologia qui utilizzata, in relazione alle "fasi" di diffusione della pandemia, è quella invalsa nei mezzi di comunicazione di massa, che hanno distinto almeno tre diverse fasi della diffusione del virus sulla base dell'incremento periodico dei contagi e la parallela incisività delle restrizioni ai diritti fondamentali. Più precisamente, per "prima fase" s'intende il periodo compreso tra i mesi di marzo e giugno 2020, particolarmente critici per gli Stati del continente europeo e per gli USA; nell'estate del 2020, infatti, in questi Paesi si è registrato un breve allentamento delle misure restrittive.

⁹ Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, ratificato dall'Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 88.

¹⁰ Ci si riferisce sia alla CEDU, adottata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore a livello internazionale il 3 settembre 1953, e alla Convenzione americana dei diritti umani, entrata in vigore il 18 luglio 1978 (O.A.S. Treaty Series No. 36).

¹¹ D. MCGOLDRICK, *The Interface Between Public Emergency Powers and International Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, p. 383.

Ben distinta è invece l'eventualità della *sospensione temporanea* dei trattati in situazioni di emergenza, prevista dall'art. 4 PIDCP. Quest'ultimo è applicabile solo nel caso in cui per lo Stato *non sia possibile* fronteggiare una situazione eccezionale ed emergenziale *se non* astenendosi, per una durata limitata a quella dell'emergenza, dall'obbligo di garantire il godimento dei diritti previsti dal trattato¹². Si intuisce pertanto come la disciplina della deroga, intacando tanto incisivamente la protezione dell'individuo, possa facilmente prestarsi ad abusi da parte dello Stato. Per questa ragione, l'esercizio della facoltà di deroga dei trattati sui diritti umani dovrà non solo risultare *proporzionato* rispetto all'emergenza¹³, ma dovrà altresì essere subordinato a specifici requisiti di natura sia sostanziale che procedurale. Al fine di verificare se la modalità di gestione della pandemia sia in linea con tali presupposti, occorre dunque soffermarsi sulla disciplina relativa alla clausola di deroga prevista dal Patto, mettendone in luce le eventuali peculiarità.

Nello specifico, l'art. 4, par. 1, del Patto prevede che «In caso di *pericolo pubblico eccezionale*, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato *con atto ufficiale*», gli Stati possano derogare agli obblighi imposti dal trattato, restando tuttavia impregiudicato il rispetto dell'obbligo di non discriminazione per motivi relativi razza, sesso, lingua, religione o origine sociale e di un *nocciolo duro di diritti* (art. 4, par. 2, PIDCP). Fra questi ultimi, in particolare, figurano il diritto alla vita (art. 6), il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti (art. 7), di schiavitù e servitù (art. 8, par. 1 e 2), e i principi di legalità e irretroattività in materia penale (art. 15). Inoltre, dal punto di vista procedurale, a ogni Stato viene imposto di comunicare alle altre parti le *disposizioni oggetto* della deroga, unitamente ai *motivi* per cui si rende necessaria, tramite il Segretario generale delle Nazioni Unite (art. 4, par. 3, PIDCP). Sempre a quest'ultimo, gli Stati sono poi obbligati a notificare la cessazione dell'emergenza, che comporterà un'immediata riespansione degli obblighi convenzionali.

¹² La possibilità per lo Stato di sospendere la totalità o parte degli obblighi convenzionali trova il proprio fondamento, secondo la dottrina maggioritaria, nella teoria dello stato di necessità. Si vedano, a tal proposito, J.F. HARTMAN, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies - A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, in *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 12; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 555.

¹³ Per una panoramica della prassi al riguardo, si veda P.M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, Cambridge, 2020, p. 112 ss.

Alla luce di queste premesse, si comprende facilmente la ragione per cui, in particolare nelle primissime fasi dell'emergenza, l'adozione delle misure finalizzate all'isolamento del virus da parte di un gran numero di Stati membri del Patto (fra i quali, ad esempio, quelli menzionati in *incipit*) abbia inevitabilmente gettato luce sulla distinzione tra restrizioni *ordinariamente* ammissibili – e dunque non temporanee e indipendenti da emergenze – e vere e proprie *deroghe*. Il discrimine tra queste due fattispecie viene normalmente individuato alla luce di una duplice valutazione, relativa sia alle *dimensioni dell'emergenza* che all'*incisività dell'interferenza del potere statale* sul diritto in esame.

Per quel che concerne il primo dei profili menzionati, nessun dubbio sembra potersi sollevare in ordine alle dimensioni *generalizzate* dell'emergenza sanitaria tuttora in atto. Già nel marzo 2020, alla luce dell'evidenza dei dati relativi all'aumento quotidiano dei contagi in ciascuno Stato del mondo¹⁴, l'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS) constatava che la diffusione del virus avesse dato luogo a una vera e propria *pandemia*, e che fosse necessaria un'azione incisiva ed urgente¹⁵.

Il *livello di severità* dei provvedimenti restrittivi può essere invece variabile e dev'essere oggetto di una valutazione caso per caso. Per quanto non sia possibile esaminare singolarmente le misure adottate da ciascuno Stato, sembrano doverose alcune considerazioni di carattere generale. Per esempio, per quel che riguarda il modello del *total lockdown*, adottato a partire dal marzo 2020 dal Governo Conte in Italia, è indubbio che l'interferenza statale sia tale da incidere sulla *sostanza* – quantomeno – dei diritti di cui agli art. 12 e 22 del Patto. Infatti, secondo quanto stabilito dal Comitato dei diritti umani sul diritto alla libertà di movimento¹⁶, le *restrizioni* previste dall'art. 12 PIDCP «must not *nullify* the principle of the freedom of movement»), e, per quel che riguarda il diritto di riunione pacifica, che tutte le restrizioni – ancorché consentite – dovrebbero essere ridotte al minimo¹⁷. Prendendo nuovamente spunto dall'esempio italiano, pare che il quadro normativo abbia superato di

¹⁴ Per i dati in tempo reale relativi al numero dei contagi da COVID-19 e dei decessi associati alla malattia, suddivisi per ciascun Paese del mondo, v. www.worldometers.info.

¹⁵ OMS, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020.

¹⁶ Comitato dei diritti umani, *General Comment n. 27: Article 12 (Freedom of Movement)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 del 2 novembre 1999, par. 2.

¹⁷ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 37: Article 21: right of peaceful assembly: Revised draft prepared by the Rapporteur, Mr. Christof Heyns on the Right of Peaceful Assembly*, bozza adottata durante la 127esima Sessione di lavori del Comitato, 14 ottobre – 8 novembre 2019, www.icnl.org, par. 40-41.

gran lunga tale soglia. I DPCM variamente susseguirsi del tempo hanno infatti sempre maggiormente impattato sulle libertà di movimento e riunione, fino a proibire, per diverse settimane, persino il rientro alla residenza per i cittadini temporaneamente collocati in un diverso comune¹⁸.

In tutti i casi in cui l'ingerenza statale integri un *tale* livello di severità, si esula senz'altro dalle restrizioni *ordinariamente* ammissibili, con la conseguenza che a venire in rilievo sono piuttosto i meccanismi di *deroga*, e dunque di *sospensione temporanea* del Patto. Del resto, la posizione assunta da numerosi Stati – come messo efficacemente in luce dalla retorica di Macron¹⁹ – ha equiparato l'emergenza sanitaria innescata dal COVID-19 a quella, grave ed eccezionale, dei conflitti armati, che ricade pacificamente nell'ambito di applicazione della deroga ai trattati sui diritti umani²⁰. Nella prima fase della pandemia, nove Stati sui 47 membri della CEDU hanno d'altronde attivato la procedura *ex art. 15 CEDU*²¹, che contiene una clausola analoga all'art. 4 PIDCP, e che menziona espressamente la “guerra” tra i motivi che legittimano l'utilizzo della deroga.

3. Considerazioni sulla legittimità delle deroghe motivate dalla pandemia nella prima fase della sua diffusione

Fra gli Stati che, nella prima fase del contagio, si sono avvalsi della deroga di cui all'art. 15 CEDU, ve ne sono alcuni che hanno contestualmente attivato la

¹⁸ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) 22 marzo 2020, “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale”.

¹⁹ Ci si riferisce alla citazione *in incipit*.

²⁰ Mentre l'art. 15 CEDU contempla espressamente quest'ipotesi, l'applicabilità dell'art. 4 PIDCP in caso di guerra, invece, non è espressamente prevista, ma è accreditata nella prassi del Comitato dei diritti umani (v. *infra*, par. 3).

²¹ Il numero di deroghe alla CEDU finora notificate può essere monitorato sul sito ufficiale, www.coe.int. Per una prospettiva sulle misure di contenimento della pandemia in relazione alla Convenzione europea dei diritti umani, v. E. SOMMARIO, “Misure di contrasto alla pandemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe”, *SIDIBlog*, 27 marzo 2020; L. ACCONCIAMESSA, “COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU”, *Ius in itinere*, 28 marzo 2020.

procedura di cui all'art. 4 PIDCP. Lettonia²², Estonia²³, Armenia²⁴, Georgia²⁵, Romaniaa²⁶ e Moldavia²⁷ hanno appunto comunicato di voler derogare ad entrambi i trattati per un periodo di tempo limitato. D'altra parte, la comunicazione di una doppia e contestuale richiesta di deroga, in presenza dei medesimi presupposti fattuali, trova specifici riscontri nella prassi. In passato, in maniera analoga hanno appunto proceduto la Francia nel 2015, in risposta agli attentati compiuti dall'ISIS²⁸, e la Turchia nel 2016, in conseguenza al tentato *coup d'état*²⁹. Fra gli Stati extra-europei, esempi di deroghe contestuali in relazione all'emergenza da COVID-19 hanno riguardato Guatemala³⁰, Ecuador³¹,

²² Comunicazione della Lettonia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.105.2020.TREATIES-IV.4 del 16 marzo 2020; Nota verbale notificata dalla Lettonia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 16 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²³ Comunicazione dell'Estonia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.113.2020.TREATIES-IV.4 del 27 marzo 2020; Nota verbale notificata dall'Estonia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 20 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²⁴ Comunicazione dell'Armenia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.113.2020.TREATIES-IV.4 del 27 marzo 2020; Nota verbale notificata dall'Armenia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 20 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²⁵ Comunicazione della Georgia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.125.2020.TREATIES-IV.4 del 6 aprile 2020; Nota verbale notificata dall'Armenia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 23 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²⁶ Comunicazione della Romania al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.121.2020.TREATIES-IV.4 del 1 aprile 2020; Nota verbale notificata dalla Romania al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 18 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²⁷ Comunicazione della Moldavia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.169.2020.TREATIES-IV.4 del 18 maggio 2020; Nota verbale notificata dalla Moldavia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 20 marzo 2020, www.rm.coe.int.

²⁸ Comunicazione della Francia al Segretario generale delle Nazioni unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.703.2015.TREATIES-IV.4 del 25 novembre 2015; Nota verbale notificata dalla Francia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 25 novembre 2015, www.rm.coe.int.

²⁹ Comunicazione della Turchia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.580.2016.TREATIES-IV.4 del 2 agosto 2016; Nota verbale notificata dalla Turchia al Segretario generale del Consiglio d'Europa, 25 luglio 2016, www.rm.coe.int.

³⁰ Comunicazione del Guatemala al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.91.2020.TREATIES-IV.4 del 9 marzo 2020.

³¹ Comunicazione dell'Ecuador al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.119.2020.TREATIES-IV.4 del 24 marzo 2020.

Perù³² e Cile³³, che hanno quasi contemporaneamente invocato sia la deroga di cui all'art. 4 PIDCP che quella prevista di cui all'art. 27 della Convenzione Americana sui diritti umani³⁴. Bisogna tuttavia constatare che la maggioranza degli Stati dell'America Latina hanno scelto di invocare unicamente la clausola prevista dal trattato regionale, non attivando, invece, la procedura prevista dal Patto³⁵. In generale, il numero delle deroghe al Patto risulta estremamente esiguo rispetto al numero degli Stati membri.

Sull'esercizio della deroga in relazione alla pandemia, così come sul suo mancato esercizio, non si è tuttavia ancora pronunciato il Comitato dei diritti umani (d'ora in avanti, anche solo "Comitato"), che, in virtù dei poteri che gli sono conferiti dall'art. 40 PIDCP, svolge una funzione di monitoraggio sul rispetto degli obblighi convenzionali. In futuro, esso potrà tuttavia presentare rapporti e osservazioni sia circa la conformità delle deroghe al Patto, sia circa la conformità delle misure alle singole disposizioni oggetto di deroga³⁶. Alla luce dei potenziali sviluppi della prassi, sembra dunque utile valutare gli orientamenti di fondo dell'organo, muovendo dall'analisi delle deroghe al Patto notificate nella prima fase del contagio.

Anzitutto, nei casi finora menzionati, è, appunto apparentemente rispettato il requisito procedurale dell'«ufficialità dell'atto», che rappresenta una *condicio sine qua non* per l'esercizio della deroga al Patto³⁷. In questi Stati, anche laddove il numero di contagi sia contenuto, è stato infatti proclamato lo stato d'emergenza³⁸. Sembra quindi soddisfatta la finalità della dichiarazione

³² Comunicazione del Perù al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, UN Doc. C.N.123.2020.TREATIES-IV.4 del 20 marzo 2020.

³³ Comunicazione del Cile al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'art. 4, par. 3, PIDCP, C.N.128.2020.TREATIES-IV.4 del 25 marzo 2020.

³⁴ Per l'elenco delle deroghe notificate dagli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS) ex art. 27 della Convenzione americana dall'inizio della pandemia ad oggi, con relativi riferimenti temporali, v. www.oas.org.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A. SIEHR, *Derogation measures under Art. 4 ICCPR, with Special Considerations of the 'War Against International Terrorism'*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p. 550.

³⁷ Sulla *ratio* del requisito della proclamazione dell'emergenza, v., più nel dettaglio P.M. TAYLOR, *A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights. The UN Human Rights Committee's Monitoring of ICCPR Rights*, cit., p. 110 ss.

³⁸ Presidenza della Repubblica del Guatemala, decreto gubernativo numero 5-2020, www.legal.dca.gob.gt; Repubblica di Lettonia, Cabinet Order No. 103, *Regarding Declaration of the Emergency Situation*, 12 marzo 2020, www.likumi.lv; decisione del Parlamento della Repubblica di Moldavia no. 55 del 17 marzo 2020 sulla Dichiarazione dello Stato d'emergenza, allegata alla comunicazione al Segretario generale ex art. 4, par. 3, PIDCP, cit.; decreto del Presidente della Romania sulla proclamazione dello stato d'emergenza n. 212 del 16 marzo 2020, www.monitoroficial.ro; decisione del Governo della Repubblica di Armenia, 16 marzo 2020, n. 298-N,

di emergenza mediante canali ufficiali, che è funzionale, come chiarito dallo stesso Comitato, a consentire un accurato controllo sulla corretta applicazione del Patto non solo da parte dell'organo, ma anche delle altre Parti³⁹.

Più articolata risulta, invece, la valutazione della sussistenza dei presupposti di natura *sostanziale*. Innanzitutto, occorre esaminare se l'emergenza sanitaria innescata dalla pandemia possa essere inclusa fra i motivi di derogabilità del trattato. In particolare, occorre domandarsi, in primissima battuta, se l'emergenza innescata dal COVID-19 possa rientrare nell'ampia nozione di «pericolo che minacci l'esistenza della nazione» di cui all'art. 4, par. 1 PIDCP⁴⁰. A tal proposito, il Comitato dei diritti umani ha adottato un'interpretazione restrittiva di tale nozione, in base alla quale «[n]ot every disturbance or catastrophe qualifies as a public emergency which threatens the life of the nation»⁴¹. Conflitti armati, catastrofi naturali, rivolte di massa e incidenti industriali vengono menzionati quali esempi di stati d'eccezione ed emergenziali, ma non si precisa più dettagliatamente cosa possa essere definita come «emergenza pubblica»⁴². Tuttavia, a stare a quanto sostenuto da Siehr⁴³, la nozione di «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» ai sensi dell'art. 15 CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU⁴⁴ potrebbe essere rilevante

www.moj.am; decreto del Governo dell'Estonia n. 73 del 12 marzo 2020, *Dichiarazione dello Stato d'emergenza nel territorio amministrativo della Repubblica di Estonia*, www.riigiteataja.ee; decreto del Presidente della Georgia sulla proclamazione dello Stato d'emergenza n. 1 del 23 marzo 2020, www.gov.ge. In generale, una copia dell'atto legislativo posto alla base della deroga, con relativi riferimenti, è allegata alla comunicazione al Segretario generale in una delle lingue ufficiali dell'organizzazione.

³⁹ V. *supra*, nota 36.

⁴⁰ Patto internazionale sui diritti civili e politici, cit., art. 4.

⁴¹ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 del 31 agosto 2011, par. 3 ss.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ A. SIEHR, *Derogation measures under Art. 4 ICCPR, with Special Considerations of the 'War Against International Terrorism*, cit., p. 582.

⁴⁴ A tal proposito, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani tende a interpretare tale nozione in senso restrittivo, nella misura in cui il "pericolo" deve avere carattere eccezionale, imminente e concreto, affliggere non una parte ma l'intera popolazione, e costituire una minaccia per il funzionamento e la sopravvivenza della comunità nel suo complesso. Si vedano, *inter alia*, le sentenze: Corte EDU, sentenza del 1° luglio 1961, ric. n. 332/57, *Lawless c. Irlanda*; sentenza del 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*). Per approfondimenti specifici sulla nozione di «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» nel contesto della CEDU si veda anche R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles: Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1987, p. 170 ss.

anche ai fini dell'interpretazione dell'art. 4 PIDCP, vista la nota tendenza alla *cross-fertilization* fra organi internazionali di tutela dei diritti umani⁴⁵.

Criteri ermeneutici utili ai nostri fini sono inoltre ricavabili da alcuni atti di *soft law*. A tal proposito, tanto i *Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in State of Emergency*⁴⁶ quanto i *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in International Covenant on Civil and Political Rights*⁴⁷ forniscono linee guida piuttosto univoche per la ricostruzione della nozione in esame. In base alla definizione dei *Paris Minimum Standard*, l'«emergenza pubblica» deve essere intesa come una situazione eccezionale di crisi o pericolo pubblico, attuale o imminente, che affligge l'intera popolazione o l'intera popolazione dell'area in cui la deroga si applica, e «costituisce una minaccia alla vita organizzata della comunità di cui lo Stato è composto»⁴⁸. In questi termini si esprimono anche i *Siracusa Principles*, che aggiungono che tale minaccia debba costituire un pericolo per l'«integrità fisica della popolazione [...] e l'esistenza del funzionamento basilare delle istituzioni indispensabile per tutelare e proteggere i diritti tutelati dal Patto»⁴⁹. Tutto ciò posto, pertanto, si deve dedurre che una grave malattia possa senz'altro ricadere nell'ambito d'applicazione della deroga del Patto.

Muovendo ora sul piano della *prassi*, l'eventualità che un'emergenza sanitaria di eccezionale gravità possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 4 par. 1 si è, in effetti, *già posta*, quantomeno – a quel che risulta a chi scrive – in un'occasione. Nel marzo 2006, la Georgia ha infatti esercitato la propria facoltà di deroga al fine di far fronte all'*epidemia* di aviaria (scientificamente nota come «virus H5N1») in tutto il territorio nazionale⁵⁰. Quest'ultima,

⁴⁵ Sul tema della *cross-fertilization*, tra i tanti, v. L. HENNEBEL, *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme*, in P. MARTENS et al. (dirs), *Le Dialogue des juges: Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, 2007.

⁴⁶ International Law Association, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, Report della 61esima dell'ILA, Parigi 1984, e riprodotti nell'*American Journal of International Law*, Vol. 79, 1985, pp. 1072 ss. Per un approfondimento al riguardo, S.R. CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, New York, 1989.

⁴⁷ Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN Doc. E/CN.4/1984/4, Annex del 28 settembre 1984. Questo documento, realizzato grazie al contributo di 31 esperti di diritto internazionale, tenutosi a Siracusa, intende delineare delle linee guida in materia di interpretazione delle cause di deroga.

⁴⁸ *Paris Minimum Standard*, cit., sez. A., lett. B). La traduzione è di chi scrive.

⁴⁹ *Siracusa principles*, cit., Sez. II lett. A (b).

⁵⁰ Comunicazione della Georgia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'articolo 4 (3) Pidcp, UN Doc. C.N.231.2006.TREATIES-8 del 7 marzo 2006.

secondo la definizione dell'OMS, è un virus che raramente si propaga mediante il contatto tra esseri umani, potendosi contrarre solo dalla vicinanza con uccelli infetti⁵¹. Riscontrata la morte di 11 cigni affetti da aviaria nei pressi di un lago nella città di Devia, nella regione del Khelvachauri⁵², la Georgia aveva successivamente dichiarato lo stato di emergenza in Khevalchauri con il decreto n. 173 del 28 febbraio 2006. Una simile decisione trovava del resto fondamento nelle indicazioni dell'OMS (e qui si presenta un'altra analogia con il caso del Coronavirus), che già nel 2005 aveva allertato la comunità internazionale circa il possibile sviluppo di una *pandemia* di aviaria⁵³.

La facoltà di deroga esercitata dalla Georgia presenta tuttavia delle differenze rispetto al caso dell'emergenza sanitaria in atto. Ad esempio, nella comunicazione al Segretario generale delle Nazioni Unite veniva dichiarata l'intenzione di derogare «al fine di impedire la diffusione del virus sul territorio nazionale»⁵⁴ non solo al diritto di movimento, ma anche al diritto di proprietà. Tale dichiarazione suscita dunque qualche perplessità, dal momento che tali misure non sembrerebbero, *prima facie*, proporzionate a contenere il virus dell'aviaria⁵⁵. A quanto risulta a chi scrive, tuttavia, la notifica georgiana non è tuttavia stata oggetto di disamina da parte del Comitato, né posta in discussione da parte degli altri Stati contraenti. Probabilmente, tale circostanza è dovuta al fatto che, in data 23 marzo 2006, lo stato di emergenza in Georgia cessava di avere effetto, come risulta dalla comunicazione di conclusione della deroga al Segretario generale⁵⁶. Complessivamente, dunque, nessuna indicazione decisiva può ricavarsi dal caso in questione ai nostri fini. Assumendo, però, che in linea di principio l'ipotesi di epidemia – e dunque, *a fortiori*, di pandemia – ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 4, par. 1, PIDCP, è possibile formulare alcune osservazioni.

La valutazione circa la legittimità dell'esercizio della deroga nella prima fase della pandemia non può che procedere sulla base delle informazioni a disposizione *all'indomani* dell'emergenza. Alla luce della rapidità e facilità di contagio caratterizzanti il COVID-19, così come della mancanza di terapie o

⁵¹ Organizzazione Mondiale della Sanità, *WHO guidelines for global surveillance of influenza A/H5*, 6 febbraio 2004, www.who.int.

⁵² Centro stampa della Cancelleria del Governo georgiano, *Joint Briefing Held after Georgian Government Session*, 24 febbraio 2006, www.gov.ge.

⁵³ Organizzazione mondiale della sanità, *Avian influenza: assessing the pandemic threat*, 2005, Doc. WHO/CDS/2005.29.

⁵⁴ Comunicazione della Georgia al Segretario generale, cit., p. 2.

⁵⁵ V. *supra*, nota 13.

⁵⁶ Comunicazione della Georgia al Segretario generale delle Nazioni Unite a norma dell'articolo 4 (3) del PIDCP, UN Doc. C.N.258.2006.TREATIES-10 del 23 marzo 2006.

vaccini in grado di garantire la sussistenza di cure adeguate per tutti (o anche solo per un gran numero di contagiati), l'invocazione della deroga appare del tutto legittima. È noto, infatti, che il virus costituisca tuttora una minaccia all'integrità fisica di *interesse collettività umane*: nessun membro della popolazione risulta immune dal contagio, nemmeno individui giovani e senza patologie pregresse, i quali possono sviluppare, analogamente agli anziani, disfunzioni gravi dell'apparato respiratorio. Le modalità di trattamento della polmonite interstiziale bilaterale cagionata dal virus, in caso di infezione grave, richiedono tuttora periodi mediamente lunghi di degenza e apparecchiature mediche che, se insufficienti, mettono a rischio la stessa garanzia del diritto *inderogabile* alla vita di cui all'art. 6 del Patto. In presenza di tali presupposti, unitamente a un numero di contagi tale da rendere il pericolo di una rapida diffusione del contagio *attuale* o anche solo *imminente*, la sospensione dei diritti *non parrebbe configurare un utilizzo abusivo* dell'art. 4 PIDCP. A proposito dell'attualità ed imminenza del pericolo, basta poi ricordare che il 7 marzo 2020, l'OMS comunicava ufficialmente agli Stati il superamento di 100 000 contagi da COVID-19 in tutto il mondo, incitando gli Stati a intraprendere «ogni sforzo possibile al contenimento del virus»⁵⁷. Proprio in forza di questi dati⁵⁸ può dunque non ritenersi decisivo, ai fini dell'individuazione del confine tra «prevenzione» e «imminenza», il *superamento di una certa soglia di contagi* in un determinato territorio nazionale. Requisito, quest'ultimo, che sarebbe stato invece determinante, ove l'epidemia non avesse avuto una dimensione *internazionale*.

Quanto appena sottolineato vale peraltro in situazioni caratterizzate da sviluppi imprevedibili, quali appunto quella della prima fase della pandemia. *In assenza di basi scientifiche certe* che consentissero di dimostrare che mezzi *differenti* e altrettanto *efficaci* potessero salvaguardare la popolazione ed evitare il collasso del sistema sanitario, la compressione generalizzata dei diritti è legittimata dall'esigenza di tutela della salute collettiva e del diritto alla vita. È invece ragionevole ritenere che, in presenza di differenti presupposti, sarebbe stato possibile servirsi di *restrizioni ordinarie* di taluni diritti, senza pervenire alla loro sospensione generalizzata. Secondo i *Siracusa Principles*, la valutazione circa i provvedimenti restrittivi, da assumersi per ragioni di sanità pubblica, va compiuta infatti con «dovuto riguardo alle indicazioni in materia

⁵⁷ OMS, *WHO statement on cases of COVID-19 surpassing 100 000*, 7 marzo 2020, www.who.int.

⁵⁸ La dichiarazione di deroga al Patto presentata dal Guatemala (ivi, cit.) due giorni dopo fa espressa menzione della comunicazione dell'OMS del 7 marzo 2020 (v. nota 43).

sanitaria dell'Organizzazione Mondiale della Sanità»⁵⁹. In altri termini, si ritiene che nel mese di marzo 2020 non vi fosse un avanzamento degli studi scientifici sul COVID-19 tale da far emergere modalità ugualmente efficaci di contenimento della malattia, ma non altrettanto limitative di diritti individuali.

4. Conclusioni

In sintesi, l'esponenziale incremento dei contagi della prima fase della pandemia rende assai difficile negare che il mondo abbia dovuto fronteggiare un'emergenza tale da rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del Patto. Si ritiene che, quantomeno nelle prime settimane dall'esplosione dell'emergenza, caratterizzate da estrema incertezza e imprevedibilità, la derogabilità del Patto fosse del tutto opportuna alla luce dai requisiti sostanziali ivi previsti. Sotto il profilo procedurale, si deve tuttavia constatare che il numero di notifiche effettuate al Segretario generale dell'ONU risulta tuttavia decisamente esiguo in rapporto agli Stati membri che hanno imposto restrizioni assai incisive delle libertà da questo tutelate (come, ad esempio, gli Stati citati *in incipit*).

Tra gli Stati che non hanno ottemperato all'obbligo di comunicazione della deroga rientra anche l'Italia. Ciò, nonostante nel caso italiano sussistessero tutte le condizioni affinché quest'ultima venisse invocata, inclusa *la proclamazione dello stato d'emergenza* di cui all'art. 4 par. 1. Se è pur vero, infatti, che la nostra Costituzione non contempla espressamente la dichiarazione dello stato d'emergenza, l'ampia pubblicità che ha caratterizzato i decreti Conte *supra* citati consente di poterli ritenere atti "ufficiali", tali di consentirne il monitoraggio dal Comitato dei diritti umani secondo la *ratio* della norma e, dunque, pienamente rispettosi del requisito formale ivi previsto⁶⁰. Considerato che l'Italia non ha neanche comunicato la deroga dell'art. 15 CEDU, sarebbe stato quantomeno opportuno, al contrario, considerare di attivare i meccanismi procedurali previsti da entrambi i trattati.

⁵⁹ *Siracusa principles*, cit., sez. I lett. B) n. iv).

⁶⁰ Nel caso *Silva c. Uruguay*, il Governo aveva appunto allegato di aver dato ampia pubblicità dello stato d'emergenza mediante una pluralità di atti istituzionali. In questo caso, il Comitato dei diritti umani non aveva contestato tal modo di procedere, sottolineando, al contrario, che l'Uruguay non avesse sufficientemente chiarito i motivi per cui fosse necessario derogare al Patto, e sospendere le garanzie ivi previste per il periodo strettamente necessario (v. Comitato dei diritti umani, *Silva e altri c. Uruguay*, UN Doc CCPR/C/12/D/34/1978 dell'8 Aprile 1981, par. 8.2). Tale caso, pertanto, differisce profondamente da quello italiano.

Come già evidenziato, nel quadro del Patto internazionale sui diritti civili politici, la mancata comunicazione della deroga costituisce un vero e proprio *inadempimento procedurale* che potrà essere valutato, in quanto tale, da parte del Comitato. Quest'ultimo ha ripetutamente insistito sul fatto che la comunicazione sia ben lungi dal costituire una "mera formalità"⁶¹, risultando al contrario essenziale per individuare eventuali *abusi* delle situazioni d'emergenza. A pagare il prezzo di restrizioni troppo incisive e non necessarie dei diritti individuali sono, infatti, gli individui, fra cui, *in primis*, i più vulnerabili.

⁶¹ Sia consentito rinviare a D. MCGOLDRICK, *The Interface Between Public Emergency Powers and International Law*, cit., p. 422, nota n. 249.

SEZIONE II

La risposta degli Stati e delle organizzazioni internazionali alla pandemia

L'effettività delle risposte normative dell'OMS alla diffusione del COVID-19 durante la prima ondata del contagio

PIA ACCONCI*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La sorveglianza e la prevenzione delle epidemie ad opera dell'OMS prima dell'emergenza COVID-19, alla luce del suo statuto e del regolamento sanitario internazionale del 2005. – 3. La risposta dell'OMS alla diffusione del COVID-19 durante la prima ondata del contagio. – 4. Considerazioni finali.

ABSTRACT: La propagazione incessante del COVID-19 ha generato reazioni senza precedenti da parte degli Stati più colpiti, per lo più Stati economicamente avanzati nel corso della prima ondata del contagio. Secondo il suo statuto, detto la Costituzione, l'OMS è chiamata ad agire in qualità di «leading guide and coordinator of the reaction to a pandemic at an international law level». L'OMS può agire per il coordinamento e la promozione di risposte tanto normative quanto operative. A fondamento dell'azione normativa dell'OMS di sorveglianza e prevenzione della propagazione di un'epidemia vi è il regolamento sanitario internazionale (*l'International Health Regulations*), come rivisto nel 2005. Questo regolamento mira a bilanciare due esigenze suscettibili di confliggere: la sicurezza massima possibile sul piano mondiale contro la diffusione senza controllo di una «public health emergency of international concern» e la libertà di circolazione transnazionale di merci e persone. Il Direttore generale dell'OMS ha fatto riferimento a quanto disposto dal regolamento, nominando un comitato di emergenza *ad hoc* per il COVID-19 e raccomandando agli Stati membri regole di condotta provvisorie per la gestione dell'emergenza. L'OMS ha adottato altresì atti non vincolanti eterogenei, per assicurare l'effettività delle azioni di controllo e prevenzione della diffusione del contagio ad opera degli Stati membri, in particolare di quelli più colpiti. Sin dall'inizio, l'emergenza COVID-19 ha mostrato infatti, una volta ancora, che l'effettività dell'azione dell'OMS dipende dalla capacità dei suoi Stati membri di individuare un focolaio, comunicare, collaborare e gestire i relativi effetti sfavorevoli sul piano transnazionale, nonché prevenire rischi ulteriori. In effetti, l'effettività dell'azione normativa dell'OMS dipende dagli Stati membri giacché, a norma del regolamento sanitario internazionale, il Direttore generale può raccomandare ma non imporre misure provvisorie per il contenimento e la prevenzione della propagazione di una «public health emergency of international concern».

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – OMS – servizi sanitari nazionali – Regolamento sanitario internazionale (*International Health Regulations*) – cooperazione – *soft law*.

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo, Coordinatore del Gruppo di interesse SIDI su “Diritto internazionale e dell'Unione europea in materia di salute”, pacconci@unite.it.

1. Considerazioni introduttive

Dopo alcune considerazioni introduttive in questo paragrafo, esaminerò nei paragrafi successivi le attività poste in essere dall'OMS durante la prima fase della pandemia COVID-19, concentrandomi sulle sue risposte normative. Proporrò altresì alcuni spunti di riflessione sul suo ruolo di guida, come affermato all'art. 2 del suo trattato istitutivo, denominato Costituzione¹, là dove l'emergenza sanitaria provocata dal COVID-19 su scala pressoché mondiale si è manifestata, sin da principio, come un rischio collettivo suscettibile di minare il benessere degli Stati e delle persone non solo nel presente ma anche nel medio-lungo periodo.

L'11 marzo 2020 il Direttore generale dell'OMS ha dichiarato che la diffusione del COVID-19 aveva ormai raggiunto il livello di una pandemia e ha raccomandato pertanto il rafforzamento della cooperazione per il contenimento del contagio².

Poiché la propagazione del COVID-19 risultava incontrollabile per la mancanza di un vaccino e trattamenti farmacologici specifici, nei giorni precedenti alcuni Stati, tra cui l'Italia, com'è noto, avevano adottato misure limitative della libertà di circolazione delle persone dapprima in alcune aree e poi nell'intero territorio nazionale, chiuso scuole, università e infine tutti gli esercizi commerciali non essenziali.

Pochi giorni dopo la dichiarazione dell'esistenza di una pandemia, numerosi altri Stati hanno adottato provvedimenti normativi con effetti analoghi circa la limitazione della circolazione di persone e talvolta del libero scambio, relativamente in particolare all'esportazione di prodotti disinfettanti, mascherine, guanti, tute protettive, dispositivi medici e tecnologici appropriati per l'assistenza sanitaria ai contagiati sia a domicilio sia in strutture ospedaliere specializzate. La circostanza che il ricovero presso reparti di terapia intensiva fosse l'unico rimedio possibile per l'assistenza a un numero significativo di contagiati rendeva l'accesso ai reparti di respirazione assistita un presupposto per la tutela della salute pubblica, nonché per la garanzia della vita di tali persone.

In virtù della combinazione tra l'urgenza della garanzia di siffatto accesso e la natura insidiosa del virus, alcuni Stati economicamente avanzati colpiti dalla pandemia hanno ammesso la propria vulnerabilità, sotto il profilo vuoi tecnico-sanitario vuoi economico-finanziario, e accettato offerte di assistenza da parte di organismi internazionali e altri Stati. L'Italia e altri

¹ Il testo della Costituzione è consultabile al sito www.who.int.

² Si veda www.who.int.

Stati membri dell'Unione europea hanno richiesto soluzioni finanziarie specifiche per poter disporre di risorse ingenti e pianificare piani adeguati di risposta alla situazione di crisi straordinaria dei propri sistemi economici nazionali e delle proprie popolazioni³.

In questo quadro di emergenza senza precedenti, principi consolidati della vita di relazione internazionale, quali cooperazione e solidarietà, e finanche trasparenza nella condivisione di dati scientifici e altre informazioni rilevanti, sono risultati cruciali. L'Assemblea generale e il Segretario generale delle Nazioni Unite hanno evidenziato l'esigenza di cooperazione e solidarietà tra gli Stati da subito⁴.

Cooperazione e solidarietà sul piano internazionale sono funzionali all'individuazione, progettazione e realizzazione di risposte comuni a problemi comuni grazie in particolare ad attività di organizzazioni internazionali.

Alla luce della Carta nelle Nazioni Unite, nonché di numerosi altri trattati internazionali conclusi relativamente a settori disparati della vita di relazione internazionale, l'obbligo di cooperazione sottintende l'istituzione di meccanismi e piani di azione comuni e il coordinamento delle azioni statali per la soluzione di problemi altrimenti non gestibili unilateralmente. Presupposto della cooperazione internazionale è inoltre la definizione di obiettivi comuni.

Il principio di cooperazione si è affermato in quanto obiettivo delle Nazioni Unite secondo l'art. 1, par. 3, della Carta di San Francisco e si è consolidato con l'intensificazione dei rapporti tra Stati dopo la Seconda guerra mondiale. Preme segnalare che la Carta non definisce l'obbligo di cooperazione. Come altri strumenti normativi internazionali, la Carta lo contempla

³ Relativamente alle risposte della Banca centrale europea (BCE), mi limito a segnalare il sito della medesima Banca (www.ecb.europa.eu) e L. LIONELLO, "La BCE nella tempesta della crisi sanitaria", *SIDIBlog*, 28 marzo 2020.

⁴ Nel marzo 2020 il Segretario generale delle Nazioni Unite ha pubblicato il rapporto *Shared Responsibility, Global Solidarity*. Durante un incontro virtuale in New York, il 25 marzo 2020, il Segretario generale, il Direttore generale dell'OMS, il Direttore esecutivo dell'UNICEF e il Sottosegretario generale per gli Affari umanitari hanno avviato il *Global Humanitarian Response Plan for COVID-19*, quale strumento di promozione di cooperazione e solidarietà sul piano internazionale (www.un.org). Il 2 aprile 2020, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, riunendosi in modalità virtuale, ha adottato una risoluzione su *Global Solidarity to Fight the Coronavirus Disease 2019*, sottolineando l'importanza della cooperazione inter-statale nella situazione di emergenza in atto (UN Doc. A/RES/74/270 del 3 aprile 2020). Il 15 aprile la medesima Assemblea –riunitasi di nuovo in modalità virtuale – ha adottato una risoluzione specifica su *International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face COVID-19*, UN Doc. A/74/L.56 del 15 aprile 2020 (www.un.org).

quale obbligo di condotta di ogni Stato membro nei rapporti con gli altri Stati membri e con la medesima organizzazione. La stessa Dichiarazione dell'Assemblea generale del 1970 relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, lo presuppone senza precisarne le modalità di attuazione⁵. La Dichiarazione chiarisce che la Carta è il parametro normativo di riferimento di tale principio «in campo economico, sociale, culturale, tecnico e commerciale in conformità con i principi dell'uguaglianza sovrana e del non intervento». La Dichiarazione precisa altresì che l'obbligo di cooperazione dovrebbe perseguire i fini della Carta, quali mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, rispetto dei diritti dell'uomo e non discriminazione. Il principio di cooperazione è previsto anche all'art. 4 del Trattato sull'Unione europea quale obbligo di condotta di ogni Stato membro nei rapporti con le istituzioni dell'Unione e quale obbligo nei rapporti tra le stesse istituzioni. Questo principio era così contemplato già nel Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità economica europea.

La solidarietà può considerarsi il contenuto di un principio della vita di relazione internazionale emerso con la ricerca di soluzioni comuni al problema dello sviluppo nella forma di azioni di assistenza – sul piano sia tecnico sia finanziario – agli Stati di nuova indipendenza sorti dal processo di decolonizzazione. Questi Stati si sono caratterizzati sin dall'origine per il divario economico e quindi sociale considerevole rispetto agli Stati esistenti. A fronte della diffusione del modello neoliberista per l'impostazione dei rapporti economici internazionali, tale divario ha generato un dibattito composto nel sistema dell'Organizzazione delle Nazioni Unite sin dagli anni settanta del secolo scorso. La questione dello sviluppo è divenuta un tema centrale dei lavori della medesima Organizzazione. È emersa così l'opportunità del riferimento a equità, responsabilità comune ma differenziata e sostenibilità nelle relazioni internazionali relative a questioni non solo economiche, ma anche sociali inclusa la tutela della salute oltre quanto previsto nella Costituzione dell'OMS del 1946.

⁵ Si veda la risoluzione n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970. Sulla portata normativa di questa Dichiarazione, cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 137, 1972-III.

2. La sorveglianza e la prevenzione delle epidemie ad opera dell'OMS prima dell'emergenza COVID-19, alla luce del suo statuto e del regolamento sanitario internazionale del 2005

Sin dall'antichità gli Stati hanno considerato il controllo delle frontiere quale manifestazione dell'esercizio della propria sovranità in funzione della salvaguardia della salute pubblica nazionale e contemplato la limitazione della circolazione di persone e merci nei rispettivi territori come strumento di reazione alle crisi sanitarie dovute alla propagazione di una malattia infettiva.

Dalla metà del secolo diciannovesimo dello scorso millennio, gli Stati più interessati alla ricerca di un bilanciamento tra libertà di circolazione e tutela della salute pubblica hanno collaborato e poi concordato l'istituzione dell'OMS nel 1946, al termine della Seconda guerra mondiale, allo scopo, tra l'altro, di unificare i risultati normativi delle conferenze sanitarie internazionali tenutesi a partire dalla seconda metà del diciannovesimo secolo. Quei risultati consistevano in convenzioni internazionali di armonizzazione dei presupposti per l'introduzione, ad opera di uno Stato contraente, di limitazioni alla circolazione nel territorio nazionale di persone e merci provenienti da altri Stati contraenti in caso di diffusione transnazionale di un'epidemia specifica, come la peste o la febbre gialla.

A norma dell'art. 21 della propria Costituzione, l'OMS è competente ad agire per il contenimento delle epidemie e adottare atti con efficacia vincolante per gli Stati membri. Tale efficacia vincolante è automatica una volta scaduto il termine previsto da tali atti. Sulla base dell'art. 21, l'Assemblea dell'OMS ha adottato il regolamento sanitario internazionale nel 1951. L'ultima revisione di questo regolamento si è conclusa nel 2005 e ha rafforzato la sua idoneità a fungere da garanzia normativa della sicurezza sanitaria internazionale attraverso potenziamento degli obblighi posti agli Stati membri di prevenzione, preparazione, sorveglianza, comunicazione e risposta, promozione di forme di *early warning*, istituzione di *Contact Points* dell'OMS e *Focal Points* nazionali degli Stati membri⁶.

La revisione del 2005 ha reso il regolamento sanitario internazionale uno strumento di contrasto tanto della diffusione transnazionale delle malattie infettive – conosciute o meno – quanto di qualunque altra «public health emergency of international concern», ossia «an extraordinary event which is determined [...] (i) to constitute a public health risk to other States through

⁶ Segnalo, in particolare, l'art. 4 par. 1-4 del regolamento.

the international spread of disease, and (ii) to potentially require a coordinated international response»⁷.

Qualora un rischio alla salute sia così qualificato, su indicazione di un comitato di emergenza composto di esperti, il Direttore generale dell'OMS dichiara quali «temporary recommendations» gli Stati dovrebbero adottare al fine di contemperare la tutela della salute, tramite il contenimento dell'emergenza, e la libera circolazione di merci e persone⁸.

Più specificamente, secondo l'art. 17 del regolamento sanitario internazionale, il Direttore generale può adottare misure provvisorie di contenimento dell'emergenza sulla base di una valutazione dei rischi adeguata in relazione alle informazioni ricevute dallo Stato direttamente interessato, al parere del comitato di emergenza appositamente istituito, ai dati e alle prove scientifiche raccolte autonomamente e/o con la collaborazione di altri Stati membri, organizzazioni internazionali ed eventuali privati in grado di fornire informazioni utili. L'art. 17 del regolamento si riferisce alle misure provvisorie come atti non vincolanti, ossia raccomandazioni. Quest'aspetto indebolisce l'efficacia normativa del regolamento sanitario internazionale giacché lascia gli Stati liberi di scegliere di discostarsi dalle misure provvisorie indicate dal Direttore generale dell'OMS.

Le misure provvisorie dovrebbero orientare la condotta sia degli Stati colpiti da un'emergenza sia degli altri Stati membri dell'OMS e, secondo l'art. 15 del regolamento sanitario internazionale, possono avere per oggetto «persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and/or postal parcels [...]»⁹.

Il Direttore generale dell'OMS ha adottato più volte alcune misure secondo questa procedura. Esse sono risultate inidonee ad assicurare il coordinamento in via multilaterale delle risposte degli Stati membri all'emergenza sanitaria considerata e quindi l'effettività della tutela della salute sul piano internazionale.

La reazione internazionale all'epidemia di ebola del 2014 ha mostrato chiaramente che l'adozione di misure provvisorie, sulla base del regolamento sanitario internazionale, può non essere una soluzione per la sorveglianza di una malattia infettiva suscettibile di propagarsi su larga scala, qualora gli Stati siano sprovvisti di capacità adeguate alla risposta e la prevenzione. Questo risultato presuppone che gli Stati si siano preparati. La revisione del

⁷ Si veda l'art. 12 par. 1 e 4 del regolamento.

⁸ Art. 12, par. 2, nonché gli art. 1, 15 e 17 del regolamento.

⁹ Cfr. P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, specialmente pp. 55-71, 151-172.

2005 del regolamento sanitario internazionale mira, in effetti, al collegamento tra la capacità tecnica sanitaria di uno Stato membro dell'OMS, in termini di disponibilità di ospedali, personale specializzato, laboratori scientifici, farmaci essenziali, altri dispositivi sanitari, e la sua capacità di garantire la salute pubblica nel territorio nazionale in caso di emergenza internazionale.

A causa della debolezza dei sistemi sanitari degli Stati membri più colpiti dall'epidemia di ebola nel 2014 – Guinea, Liberia e Sierra Leone – e dell'instabilità militare e sociale della regione interessata, l'Africa occidentale, la reazione internazionale a quell'epidemia si è realizzata infine mediante una *partnership* coordinata dal Segretario generale delle Nazioni Unite (UN-MEER)¹⁰ sulla base della risoluzione 2177/2014 adottata dal Consiglio di sicurezza il 18 settembre 2014¹¹. La reazione all'ebola nel quadro delle Nazioni Unite ha dimostrato che un'epidemia in uno o più Stati economicamente non avanzati possa essere qualificata come una «public health emergency of international concern» – suscettibile di determinare l'applicazione effettiva del regolamento sanitario internazionale del 2005 – in base a un accertamento del Consiglio di sicurezza *ex* capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. L'accertamento di una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale per effetto dell'epidemia è stato favorito dall'accezione di sicurezza internazionale, in termini di sicurezza umana, affermatasi nel quadro delle Nazioni Unite¹².

3. La risposta dell'OMS alla diffusione del COVID-19 durante la prima ondata del contagio

Il Direttore generale dell'OMS ha definito l'epidemia di COVID-19 generata dalla diffusione del SARS-COV-2 – un patogeno di natura zootecnica in grado di diffondersi per via aerea mediante il contatto con animali o persone infette – quale «public health emergency of international concern» il

¹⁰ Per approfondimenti, v. www.ebolaresponse.un.org.

¹¹ Il testo della risoluzione 2177/2014 è consultabile al sito internet www.unscr.com.

¹² Si veda S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018, p. 135-173. Segnalo altresì, tra gli altri, L. POLI, *La risoluzione n. 2177 (2014) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e la qualificazione dell'epidemia di ebola come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 238 ss.

30 gennaio 2020, ossia quando focolai di questa malattia infettiva non si erano manifestati ancora su larga scala, come accaduto successivamente¹³.

A seguito di tale qualificazione e secondo quanto previsto nel regolamento sanitario internazionale dell'OMS del 2005¹⁴, il Direttore generale ha indicato alcune misure provvisorie che la Cina, in quanto Stato allora più colpito dal contagio, e gli altri Stati membri, individualmente e collettivamente, erano chiamati ad attuare.

La Cina avrebbe dovuto realizzare, al fine della tutela della propria popolazione, strategie estese di comunicazione del rischio e dei suoi sviluppi, rafforzare le misure sanitarie tese al contenimento del contagio tramite il potenziamento del proprio sistema sanitario nazionale e la protezione delle persone ivi impiegate, collaborare con l'OMS e altri attori per l'individuazione di casi utili alla comprensione dell'epidemiologia della malattia, con riguardo particolare alla sua origine zootecnica, condividere i relativi dati ed effettuare infine valutazioni mediche dei passeggeri in transito negli aeroporti e porti nazionali nell'obiettivo dell'identificazione preventiva di casi con la minimizzazione dell'interferenza nella libera circolazione delle persone. Sulla base dell'assunto che il contagio potesse diffondersi «in any country», gli altri Stati avrebbero dovuto attivarsi per assicurare controllo, individuazione preventiva, isolamento e gestione dei casi, nonché tracciamento dei contatti avuti da persone infettate prima della diagnosi, onde favorire la prevenzione di una diffusione incontrollata del numero di contagi. I medesimi Stati avrebbero dovuto comunicare inoltre qualunque dato utile relativamente al contagio di animali di ogni specie, test diagnostici usati e risultati ottenuti. Tali indicazioni avrebbero dovuto portare alla riduzione del contagio tra le persone, alla prevenzione della trasmissione secondaria e transnazionale del virus. Tutti gli Stati membri dell'OMS avrebbero dovuto altresì osservare gli obblighi di comunicazione e cooperazione posti dal regolamento sanitario internazionale del 2005, al fine di favorire e, se possibile, contribuire alla scoperta delle caratteristiche ancora sconosciute del virus all'origine della pandemia e alla diffusione delle conoscenze.

Il Direttore generale ha evidenziato anche che l'inazione di alcuni Stati membri non avrebbe dovuto incidere negativamente sulla risposta adeguata di altri Stati membri, quando ha dichiarato successivamente che la propagazione del COVID-19 avesse raggiunto lo stadio di una pandemia. Da

¹³ La dichiarazione del Direttore generale del 20 gennaio 2020 è consultabile alla pagina www.who.int.

¹⁴ Segnalo, in particolare, l'art. 12, par. 1 e 4, del regolamento. Il testo del regolamento sanitario internazionale, come rivisto nel 2005, è consultabile alla pagina www.who.int.

quest'ultima sua dichiarazione si evince che l'adeguatezza della risposta sarebbe consistita nell'adozione di misure nazionali idonee a contenere la diffusione del contagio entro la capacità di assistenza sanitaria disponibile nel territorio di riferimento, giacché nella medesima dichiarazione il Direttore generale ha chiarito che, «[i]f countries detect, test, treat, isolate, trace, and mobilize their people in the response, those with a handful of cases can prevent those cases becoming clusters, and those clusters becoming community transmission»¹⁵.

Secondo le indicazioni del Comitato di emergenza, la cooperazione avrebbe dovuto ispirarsi al principio di solidarietà come previsto all'art. 44 del medesimo regolamento. Gli Stati membri dell'OMS avrebbero dovuto conformarsi alle misure indicate dal Direttore generale in maniera non discriminatoria e nel rispetto dei diritti delle persone, come disposto agli art. 3 e 43 del suddetto regolamento. Il Direttore generale ha sottolineato più volte che le attività di contenimento e prevenzione attese dagli Stati membri dell'OMS non avrebbero dovuto includere restrizioni alla libera circolazione delle persone, non essendo raccomandata «any travel or trade restriction based on the current information available».

Il bilanciamento tra sicurezza sanitaria mondiale e libera circolazione di merci e persone è infatti l'obiettivo del regolamento sanitario internazionale¹⁶.

Tuttavia, gli Stati maggiormente esposti al contagio hanno adottato provvedimenti quarantenari restrittivi.

Questi provvedimenti statali hanno avuto carattere discordante quanto ai tempi e all'intensità normativa. La circostanza che Stati economicamente avanzati, in cui i servizi sanitari nazionali e le condizioni sanitarie esistenti sono ritenute comunemente affidabili e di alta qualità, abbiano deciso provvedimenti siffatti ha reso più evidente la mancanza di effettività delle misure provvisorie del Direttore generale dell'OMS.

Questa mancanza è emersa chiara quando il 16 marzo 2020 la Presidente della Commissione europea ha raccomandato la chiusura dell'intero territorio dell'Unione europea, ammettendo che

«[w]hile travel restrictions are generally not seen by the World Health Organisation as the most effective way of countering a pandemic, the rapid spread of COVID-19 makes it essential that the EU and Member States

¹⁵ Si rinvia a www.who.int.

¹⁶ Cfr. G.L. BURCI, C.-H. VIGNES, *World Health Organization*, The Hague, 2004; D.P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 325 ss.

take urgent, immediate and concerted action not only to protect the public health of our populations, but also to prevent the virus from further spreading from the EU to other countries, as has been observed in recent weeks. Travel restrictions should focus on drastically reducing incoming people flows at the external borders of the Union, thereby also slowing transmission to other countries on travellers' return, and discouraging outgoing travel of EU citizens and other persons residing in the EU+ area»¹⁷.

Per agevolare l'attività di risposta degli Stati membri, l'OMS ha pubblicato periodicamente diversi atti nella forma di *technical guidance*, *situation reports*, comunicati stampa con dati e informazioni di carattere scientifico, suggerimenti e dichiarazioni dello stesso Direttore generale. Tutti questi atti sono consultabili nel sito internet dell'Organizzazione¹⁸ e sono aggiornati in maniera regolare. Si tratta di atti non vincolanti diretti a orientare la condotta degli Stati membri e dei privati. L'OMS ha inviato altresì missioni di esperti in Cina e Italia per sostenere la reazione di siffatti Stati nel momento più aggressivo del contagio. Una delle conclusioni raggiunte dalla breve missione in Italia – terminata il 6 marzo 2020 – è stata quella di considerare la nostra situazione nazionale quale una «knowledge-generating platform on COVID-19 within the scientific community»¹⁹.

L'OMS ha instaurato poi forme eterogenee di collaborazione con altri organismi internazionali riconducibili al sistema delle Nazioni Unite, in particolare con FAO, UNICEF, Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, Gruppo della Banca mondiale e Fondo monetario internazionale, la Commissione europea e finanche l'OMC. A partire dalla seconda metà del mese di marzo 2020 quest'attività di collaborazione si è intensificata con l'adozione di numerosi *Joint Statements*, piani di azione e linee guida comuni (tutti consultabili nei siti *web* ufficiali degli organismi internazionali menzionati). Attraverso il proprio sito *web* l'OMS ha creato il *COVID-19 Solidarity Response Fund* e l'*Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator*. Questo è un partenariato tra governi, società civile e industria istituito il 24 aprile 2020 per il coordinamento di attività di raccolta e investimento di risorse umane, finanziarie e tecniche. L'*ACT-Accelerator* presuppone la collaborazione tra imprese farmaceutiche e centri di ricerca scientifica, pubblici e/o privati, per la scoperta, sperimentazione e produzione di rimedi terapeutici, test e vaccini contro il COVID-19. L'*ACT Accelerator* include il

¹⁷ Comunicazione della Commissione a Parlamento europeo, Consiglio europeo e Consiglio, *COVID-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU*, COM(2020) 115 final del 16 marzo 2020.

¹⁸ Si rinvia a www.who.int.

¹⁹ Si veda www.euro.who.int.

COVAX. Si tratta di una piattaforma per favorire la distribuzione secondo equità dei vaccini anti COVID-19 autorizzati per la commercializzazione. Queste attività contemplano il coinvolgimento di attori privati, quali organizzazioni non governative, fondazioni, come la *Bill and Melinda Gates Foundation*, e imprese multinazionali.

Tali attività, per lo più operative, richiamano il modello della costituzione di *partnerships* tra attori pubblici – rappresentanti di Stati beneficiari, organizzazioni internazionali e Stati terzi – e attori privati, quali rappresentanti di imprese multinazionali e organizzazioni non governative, per la realizzazione di attività di assistenza tecnica. Si tratta di un modello utilizzato anche dall'OMS a favore dell'assistenza a Stati membri economicamente meno avanzati tanto per il potenziamento dei sistemi sanitari nazionali di tali Stati quanto, negli anni più recenti, per la lotta alla povertà nella logica prima dei *Millennium Development Goals* del 2000 e oggi dei *Sustainable Development Goals* approvati nel quadro dell'Agenda delle Nazioni Unite per lo sviluppo *post-2015*²⁰.

4. Considerazioni finali

La circostanza che alcuni degli Stati membri dell'OMS, tra cui l'Italia, abbiano ritenuto di adottare provvedimenti normativi e coercitivi di restrizione della libera circolazione delle persone e di numerose merci nei propri territori nazionali, benché le misure provvisorie del Direttore generale non le raccomandassero, mostra la debolezza del ruolo di guida della medesima Organizzazione delle reazioni dei suddetti Stati nel corso della prima ondata dell'emergenza COVID-19. L'OMS ha potuto agire nei limiti della propria Costituzione, adottando atti non vincolanti quali standard, codici di condotta, linee guida e programmi di azione, affinché provvedimenti nazionali siffatti non risultassero necessari per il contenimento della diffusione del contagio. Questo genere di atti internazionali è risultato poco utile per il raggiungimento dell'intento dell'OMS di portare le persone negli Stati più colpiti a conformarsi, in maniera volontaria, a regole di condotta di stampo sociale, quali isolamento, distanza e pratiche di igiene ricorrenti, data l'emergenza senza precedenti. Tali regole sarebbero state, in linea di principio, attendibili, in quanto fondate su dati epidemiologici e risultati di ricerche scientifiche realizzate grazie anche all'attività dell'OMS stessa. Questa

²⁰ Il testo dell'Agenda per lo sviluppo sostenibile è consultabile al sito www.un.org. Relativamente alla sua attuazione, si vedano, tra gli altri, www.sustainabledevelopment.un.org; www.un.org.

circostanza avrebbe dovuto agevolare l'effettività. L'OMS ha sottolineato la fondatezza di tali regole anche mediante video dimostrativi e dichiarazioni, al fine di orientare i comportamenti, tanto degli Stati quanto delle persone, senza raggiungere tuttavia omogeneità dei suddetti comportamenti.

Un altro risultato dell'attività normativa dell'OMS è apparso inadeguato nel corso della prima ondata dell'epidemia COVID-19, come durante crisi sanitarie precedenti. Mi riferisco all'osservanza delle misure provvisorie indicate dal Direttore generale dell'OMS.

La loro natura non vincolante ha minato la garanzia dell'effettività del regolamento sanitario internazionale pure in quest'occasione. Tale garanzia è ancorata a un dato formale, ossia l'ammissibilità, a norma dell'art. 22 della Costituzione dell'OMS, dell'entrata in vigore automatica del regolamento per tutti gli Stati membri che non vi si oppongano espressamente. L'Organizzazione non dispone però della competenza a decidere sanzioni contro gli Stati membri che adottino provvedimenti nazionali quarantenari più restrittivi di quelli indicati dal Direttore generale²¹. Questa carenza strutturale contribuisce alla dipendenza dell'OMS dagli Stati membri e quindi alla sua inidoneità ad agire come l'organizzazione internazionale guida in condizioni di crisi sanitarie²².

La percezione dell'OMS come organizzazione internazionale tesa alla salvaguardia degli interessi degli Stati economicamente meno avanzati potrebbe essere stato un motivo dell'effettività limitata della sua azione in occasione di crisi sanitarie precedenti. In effetti, prima del COVID-19, le emergenze suscettibili di essere il presupposto per l'adozione eventuale di misure provvisorie, in quanto «public health emergency of international

²¹ Cfr. T.L. LEE, *Making International Health Regulations Work: Lessons from the 2014 Ebola Outbreak*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, p. 931 ss.; A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'Organizzazione Mondiale della Sanità come conseguenza di violazioni dei Regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, specialmente pp. 405-408, 411-415; F. ROMANIN JACUR, *Diritto internazionale e risposta alla pandemia da COVID-19*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La pandemia da COVID-19*, Torino, 2020, in particolare pp. 169-171.

²² Relativamente alle difficoltà dell'OMS di atteggiarsi come organizzazione internazionale di guida nel corso della pandemia da COVID-19, si vedano, tra gli altri, P. ACCONCI, *Editoriale sull'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria COVID-19*, in *DPCE online*, 2020/2, p. XV ss.; J.E. ALVAREZ, *The WHO in the Age of the Coronavirus*, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 578 ss.; E. BENVENISTI, *The WHO – Destined to Fail?: Political Cooperation and the COVID-19 Pandemic*, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 588 ss.; D. GRECO, *Diritto internazionale e salute pubblica: l'Organizzazione mondiale della sanità alla prova della pandemia di COVID-19*, in *La Comunità internazionale*, 2020, p. 203 ss.; S. IZZO, *Brevi considerazioni sul ruolo dell'OMS nel contrasto alla pandemia di COVID-19*, in *DPCE online*, 2020, p. 2247 ss.

concern», si verificavano per lo più in Stati siffatti, in virtù non solo delle condizioni igienico-sanitarie e sociopolitiche deteriorate spesso ivi esistenti, ma anche della complessità della realtà della vita di relazione internazionale. Tale complessità appare tuttora inestricabile, malgrado l'istituzione nel sistema delle Nazioni Unite di molteplici forme e meccanismi di cooperazione e coordinamento tra attori eterogenei per la gestione di problemi comuni nella logica sia della reazione a emergenze sia della loro prevenzione²³.

Cooperazione e solidarietà tra gli Stati sono determinanti per questi obiettivi. Eterogeneità e unilateralismo hanno caratterizzato invece le risposte degli Stati all'emergenza COVID-19. Alcuni di essi, in particolare gli Stati Uniti, hanno criticato aspramente l'operato dell'OMS, evidenziando aspettative disattese e sfiducia, nonché contestando l'attività del Direttore generale per il presunto favoreggiamento sia della Cina sia di attori privati.

D'altra parte, sin dalla prima ondata della pandemia, si è assistito alla marginalizzazione della rilevanza del regolamento sanitario internazionale ad opera sia dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sia del Direttore generale dell'OMS. Nelle proprie risoluzioni l'Assemblea generale né lo menziona né richiama gli Stati all'osservanza delle misure provvisorie raccomandate dal Direttore generale dell'OMS su indicazione del Comitato di esperti *ad hoc* per il COVID-19.

Il Direttore generale dell'OMS ha istituito il *Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 Response*, come richiesto dall'Assemblea della medesima Organizzazione nella sua risoluzione WHA 73.1 del 19 maggio 2020²⁴. La riforma della portata normativa delle misure provvisorie non appare tra le finalità di tale Comitato²⁵. Sotto questo profilo, esso ha incentrato l'agenda dei propri lavori sulla questione della *compliance* prospettando l'istituzione di un meccanismo *ad hoc* a tal fine. Il regolamento sanitario internazionale potrebbe

²³ Mi limito a segnalare: J. FOMERAND, D. DIJKZEUL, *Coordinating Economic and Social Affairs*, in T.G. WEISS, S. DAWS (eds), *The Oxford Handbook on the United Nations*, Oxford, 2007, p. 561 ss.; S.F. MUSUNGU, *Developing Countries and the Promotion of the Right to Health in Multilateral Institutions: A Review of Developments in Trade and Health Institutions*, in A. CLAPHAM, M. ROBINSON (eds), *Realizing the Right to Health*, Berne, 2009, p. 368 ss.; M.C. PONTECORVO, *La gestione internazionale delle emergenze sanitarie globali alla luce del caso Ebola: quid novi?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 587 ss.; L. VIERCK, P.A. VILLAREAL, A.K. WEILERT (eds), *The Governance of Disease Outbreaks*, Baden-Baden, 2017.

²⁴ Sulla base della risoluzione A.73 dell'Assemblea dell'OMS il Direttore generale ha istituito altresì l'*Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response* (www.who.int) e un *International Team on the Origins of the SARS-Cov-2 Virus* (www.who.int).

²⁵ Per approfondimenti, www.who.int.

essere riformato per rendere vincolanti le misure provvisorie del Direttore generale dell'OMS in caso di una «*public health emergency of international concern*». Questa scelta rafforzerebbe l'Organizzazione, ma dipende dalla volontà politica dei suoi Stati membri sia di negoziare una riforma siffatta sia di investire risorse finanziarie considerevoli nel potenziamento dei rispettivi sistemi sanitari nazionali e nell'assistenza tecnica a favore degli Stati sprovvisti di risorse siffatte in misura adeguata a tal fine. Lo stesso ruolo di guida dell'OMS dipende dalla volontà degli Stati membri di investire in tal senso, a causa della sua ridotta autonomia tecnica e finanziaria²⁶.

²⁶ Per approfondimenti, segnalo, tra gli altri, L. GOSTIN, D. SRIDHAR, D. HOUGENDBLER, *The Normative Authority of the World Health Organization*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2015, Georgetown, p. 1 ss.; T. HANRIEDER, A. KAMRADT-SCOTT (eds), *Reform of the World Health Organization*, in *Global Health Governance*, 2017, vol. XI, No. 1, p. 4 ss.; P. ACCONCI, *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2014, p. 405 ss.

Risposta alla pandemia e politica commerciale: riflessioni a margine del diritto dell'OMC

GIOVANNA ADINOLFI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure di limitazione delle esportazioni. – 3. I provvedimenti di facilitazione delle importazioni. – 4. Il ruolo delle politiche commerciali nella ricostruzione economica.

ABSTRACT: Nell'immediata reazione allo scoppio della pandemia da COVID-19, gli Stati e l'Unione europea hanno fatto ampio ricorso a misure di politica commerciale allo scopo di garantire l'accesso della popolazione e del personale sanitario a beni e dispositivi medici indispensabili a prestare le prime cure e ad arginare la diffusione del contagio. L'analisi economica ha posto in evidenza i pericoli insiti nell'adozione di misure di restrizione commerciale. Il presente contributo analizza la legittimità ai sensi del diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio delle misure approntate dall'Unione europea delle restrizioni alle esportazioni e delle facilitazioni alle importazioni, allo scopo di accertare l'ampiezza del margine di manovra di cui godono i membri dell'OMC per far fronte a una carenza di offerta sui mercati mondiali dei beni interessati. Spostando l'attenzione dalla risposta immediata alla pandemia, si intende proporre una prima valutazione delle misure commerciali e di sostegno delle economie nazionali che potranno essere approntate dagli Stati in vista della ricostruzione del tessuto economico e sociale nazionale e del rafforzamento della capacità di "resistere" a nuove emergenze sanitarie.

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – OMC – politiche commerciali – regolamenti tecnici – appalti pubblici – aiuti di Stato.

1. Introduzione

Nel predisporre la risposta alla pandemia da COVID-19¹, gli Stati hanno dovuto far fronte alla necessità di aumentare la disponibilità, sul territorio nazionale, di presidi medici e sanitari, quali dispositivi di protezione individuale (DPI), ventilatori polmonari, disinfettanti e medicinali. L'accesso a questi beni è stato fondamentale anche per la ripresa della vita sociale ed economica e, al fine di una maggiore resilienza, deve essere supportato da provvedimenti volti a costituire riserve adeguate. In questo contesto, le politiche commerciali possono giocare un ruolo importante, come emerge

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Milano, giovanna.adinolfi@unimi.it.

¹ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 marzo 2020, www.who.int.

anche da uno studio condotto in seno all'OMC, relativo al diverso contesto di disastro naturale².

Secondo alcune stime, nel 2019 il valore del commercio mondiale di presidi medici e sanitari è stato pari a 2 mila miliardi di dollari, con solo 10 Paesi originari di circa il 75 per cento delle esportazioni (ad esempio, quelle di mascherine provenivano per più del 50 per cento da Cina, Germania e Stati Uniti)³. In ragione delle limitate capacità di produzione nazionale e allo scopo di garantire che risorse scarse fossero disponibili per gli individui e le istituzioni in stato di bisogno, per far fronte alla pandemia da COVID-19 diversi Paesi hanno introdotto restrizioni alle esportazioni (seppur non manca una prassi contraria)⁴. Alcuni studi hanno tuttavia posto l'attenzione sui loro costi, destinati a gravare sia sugli Stati che vi hanno fatto ricorso, sia su altri Paesi, in particolare i Paesi in via di sviluppo privi di dotazioni e strutture sanitarie adeguate⁵. Questa considerazione è stata recepita nella dichiarazione finale della riunione del 30 marzo 2020 dei Ministri del commercio estero dei Paesi del G20, i quali hanno riconosciuto la necessità di facilitare il commercio di beni indispensabili per contrastare l'emergenza sanitaria, ma con un *caveat*, ovvero compatibilmente con il fabbisogno nazionale⁶. Così, misure commerciali restrittive non sono state escluse, purché mirate, proporzionali, trasparenti, temporanee e tali da non creare ostacoli non necessari al commercio o da interrompere le catene di produzione su scala mondiale.

Sulla scorta di questa prassi, questo breve contributo intende analizzare, secondo la prospettiva del diritto OMC, le misure messe in atto dagli Stati agli inizi della crisi sanitaria da COVID-19 per soddisfare le loro primarie necessità. L'intento è dare alcune indicazioni circa il margine di manovra disponibile per perseguire, anche tramite misure commerciali, il preminente obiettivo di tutela della salute e della vita umana. Pur focalizzando l'indagine sulla fase di risposta all'emergenza, sono proposti alcuni spunti di riflessione

² G. ADINOLFI, *Natural Disasters and Trade Research. Study II. A Legal Mapping*, Geneva, 2019.

³ OMC, *Trade in Medical Goods in the Context of Tackling COVID-19. Information Note*, 3 aprile 2020.

⁴ V. ad esempio la *Declaration on Trade in Essential Goods for Combating the COVID-19 Pandemic* (15 aprile 2020) di Nuova Zelanda e Singapore, www.beehive.govt.nz.

⁵ S.J. EVENETT, "Tackling COVID-19 Together. The Trade Policy Dimension", *Global Trade Alert*, 23 marzo 2020; A. GONZÁLEZ, "A memo to trade ministers on how trade policy can help fight COVID-19", *Peterson Institute for International Economics, Trade and Investment Policy Watch*, 23 marzo 2020.

⁶ G20 Trade and Investment Ministerial Statement, 30 marzo 2020, www.g20.utoronto.ca.

per la fase di ricostruzione e per le politiche volte a ridurre la vulnerabilità delle comunità nazionali da future crisi epidemiologiche.

2. Le misure di limitazione delle esportazioni

Come sopra accennato, agli albori dello scoppio della pandemia da COVID-19 numerosi Stati hanno adottato restrizioni alle esportazioni⁷. In questo senso si è mossa anche l'Unione europea (UE) col regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 del 15 marzo 2020⁸, col quale è stato introdotto un regime temporaneo di autorizzazione alle esportazioni di DPI (art. 1) per un periodo di sei settimane (art. 3). Volto a soddisfare una accresciuta domanda, questo provvedimento è stato adottato dopo che taluni Stati, Francia e Germania *in primis*, avevano annunciato divieti di esportazione destinati a incidere sulla effettiva disponibilità dei beni in questione sul mercato interno, a svantaggio di quei membri UE con limitate capacità di produzione⁹. Gli Stati Uniti hanno seguito il medesimo approccio, approntando anch'essi un regime temporaneo di autorizzazione alle esportazioni, anche per i ventilatori polmonari¹⁰.

Questi provvedimenti sono stati giustificati dall'esigenza di far fronte al rischio associato al COVID-19. Tuttavia, non se ne sono trascurati gli effetti negativi su Paesi le cui forniture dipendono in larga parte dalle importazioni. In particolare, nel decidere se rilasciare o meno l'autorizzazione all'esportazione, gli Stati UE erano chiamati a tener conto di tutte le circostanze pertinenti, alcune delle quali enumerate all'art. 5 del regolamento di esecuzione sopra citato. Queste includevano la partecipazione a operazioni di assistenza internazionale, ma non le normali transazioni commerciali, anche qualora l'acquirente fosse stato uno Paese terzo. Va tuttavia considerato che l'elenco proposto dall'art. 5 aveva carattere meramente esemplificativo, lasciando così aperta la possibilità che le esportazioni avessero luogo anche in casi non contemplati. Peraltro, il successivo regolamento di esecuzione (UE)

⁷ OMC, *Export Prohibitions and Restrictions. Information Note*, 23 aprile 2020.

⁸ Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione del 14 marzo 2020 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione (non più in vigore dal 26 aprile 2020).

⁹ C.P. BOWN, "EU limits on medical gear exports put poor countries and Europeans at risk", *Peterson Institute for International Economics, Trade and Investment Policy Watch*, 19 marzo 2020.

¹⁰ Department of Homeland Security, Federal Emergency Management Agency, *Prioritization and Allocation of Certain Scarce or Threatened Health and Medical Resources for Domestic Use*, 44 CFR Part 328, 10 aprile 2020, www.federalregister.gov.

2020/426 ha escluso dalla sfera di operatività del regime di autorizzazione le esportazioni verso alcuni Stati e verso i Paesi e territori d'oltremare, le cui catene di produzione e distribuzione di DPI erano fortemente integrate con quelle dell'UE o i cui approvvigionamenti provengono in misura prevalente dagli Stati confinanti o in cui sono situati¹¹.

La normativa statunitense prevedeva anch'essa che l'autorizzazione all'esportazione potesse essere accordata alla luce di considerazioni umanitarie o attinenti agli interessi di politica estera. Un'ulteriore deroga operava automaticamente a favore di imprese nazionali la cui produzione di DPI e ventilatori nei 12 mesi precedenti era destinata per almeno l'80 per cento al mercato nazionale e che, dall'inizio del 2020, avessero concluso su base continua accordi di esportazione verso Paesi terzi. Diversamente dalla normativa UE, si preservavano quindi le transazioni commerciali internazionali, pur nel rispetto dei requisiti indicati e ferma restando la possibilità che la deroga al regime di autorizzazione fosse sospesa per motivi di difesa nazionale.

Pur restrittive degli scambi commerciali, queste misure trovano legittimazione nel diritto OMC¹². Innanzitutto, può richiamarsi l'art. XI, par. 2, lett. a), del *General Agreement on Tariffs and Trade* del 1994 (GATT 1994)¹³, ove è previsto che il divieto generale di restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione di cui al par. 1 non trova applicazione per prevenire o porre rimedio a una carenza grave di beni essenziali, ovvero di «absolutely indispensable or necessary products» per i quali sussistano «deficiencies in quantity that are crucial, that amount to a situation of decisive importance, or that reach a vitally important or decisive stage, or a turning point»¹⁴.

Un ulteriore requisito è posto dall'art. XIII, per il quale le restrizioni alle esportazioni debbono essere amministrate in modo non discriminatorio (par. 1), sulla base, nella misura del possibile, dei principi che sottendono le norme sulle restrizioni alle importazioni (par. 5). La finalità principale dell'art. XIII è ridurre al minimo l'impatto dei divieti e delle restrizioni

¹¹ Regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione del 19 marzo 2020 recante modifica del regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione.

¹² C. GLÖCKLE, "Export restrictions under scrutiny – the legal dimensions of export restrictions on personal protective equipment", *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2020.

¹³ Il testo del GATT 1994 e degli altri accordi OMC di seguito citati sono pubblicati in OMC, *The WTO Agreements. The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization and its Annexes*, II ed., Cambridge, 2017.

¹⁴ OMC, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R del 30 gennaio 2012, par. 326 e 324.

commerciali, «by attempting to approximate [...] the trade shares that would have occurred» in loro assenza¹⁵. È questo il parametro principale di legittimità dei regimi di autorizzazione, in particolare dell'amministrazione delle deroghe relative alle operazioni commerciali. Per le deroghe che riguardano invece forniture condotte su base non commerciale, può porsi in dubbio che esse rientrino nella sfera di operatività del diritto OMC.

Una ulteriore base di legittimità è offerta dagli art. XX e XXI GATT 1994. In particolare, l'art. XX, lett. *b*), consente di derogare agli obblighi previsti dal GATT 1994 se *necessario* alla tutela della salute e della vita umana: «[t]he more vital or important the interests or the values that are reflected in the objective of the measure, the easier it would be to accept a measure as necessary»¹⁶. La medesima considerazione ha guidato anche l'interpretazione della successiva lett. *j*) dell'art. XX, ove è autorizzata l'adozione di misure essenziali all'acquisto o alla distribuzione di beni per i quali lo Stato interessato manchi di disponibilità su base nazionale o locale («general or local short supply»)¹⁷. Quale ulteriore requisito è richiesto che le misure in causa siano applicate in modo da non costituire una discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata del commercio. Questa limitazione non è invece contemplata dall'art. XXI, lett. *b*), punto iii), relativo all'adozione di misure *giudicate necessarie* alla protezione di interessi essenziali di sicurezza in tempo di guerra o in caso di altre emergenze nelle relazioni internazionali. Come affermato nel caso *Russia – Traffic in Transit*, «the existence of an emergency in international relations is an objective state of affairs», che si riferisce «to a situation of [...] general instability engulfing or surrounding a State»¹⁸ (quale può essere considerata l'attuale pandemia). Inoltre, se la discrezionalità dello Stato interessato è limitata nel definire gli interessi di sicurezza nazionale che intende tutelare¹⁹, ampia è invece per la determinazione della necessità delle misure adottate a tale scopo²⁰.

Dal canto suo, l'Italia ha adottato un autonomo divieto di esportazione di DPI e ventilatori polmonari²¹. Seppur incompatibile col divieto di

¹⁵ OMC, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (Ecuador), WT/DS27/R/ECU del 22 maggio 1997, par. 7.68.

¹⁶ OMC, *Colombia – Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, WT/DS461/AB/R del 7 giugno 2016, par. 5.71.

¹⁷ OMC, *India – Solar Cells*, WT/DS456/AB/R del 16 settembre 2016, par. 5.63.

¹⁸ OMC, *Russia – Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R del 5 aprile 2019, par. 7.77 e 7.76.

¹⁹ Ivi, par. 7.134.

²⁰ Ivi, par. 7.146.

²¹ V. le Ocdpc n. 639 del 25 febbraio 2020 (Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie

restrizioni alle esportazioni e di misure di effetto equivalente di cui all'art. 35 TFUE, questo provvedimento trovava giustificazione nel successivo art. 36, ove viene fatta salva la possibilità di limitare gli scambi nel mercato interno per fini di tutela della salute e della vita delle persone. Dal testo dell'art. 36 e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE emerge come tali restrizioni siano legittime se proporzionali, ovvero limitate a quanto effettivamente necessario per il perseguimento dell'obiettivo fissato e con i minori effetti restrittivi possibili sugli scambi intracomunitari,²² e tali da non costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata degli scambi²³.

3. I provvedimenti di facilitazione delle importazioni

Accanto ai regimi di controllo delle esportazioni, non è mancata l'adozione di misure volte ad agevolare le importazioni. Ad esempio, gli Stati Uniti hanno ridotto i *dazi doganali* sui presidi importati dalla Cina, ricalibrando, a fine di tutela della salute pubblica (ma a giudizio di alcuni osservatori in modo insufficiente)²⁴, l'escalation tariffaria messa in atto nei confronti di quel Paese a partire dal 2017. Dal canto suo, con la decisione (UE) 2020/491 la Commissione europea ha disposto l'esenzione dai dazi doganali e dall'imposta sul valore aggiunto per le importazioni e l'immissione in libera pratica, da o per conto di organizzazioni pubbliche o autorizzate dalle autorità competenti degli Stati membri, di merci destinate a essere distribuite o messe a disposizione di persone colpite, a rischio di essere colpite o impegnate nella lotta contro la pandemia da COVID-19 (art. 1)²⁵. La decisione è stata adottata su richiesta di tutti gli Stati membri dell'Unione, autorizzati, nelle more del completamento del processo decisionale, a ricorrere temporaneamente a provvedimenti analoghi²⁶.

derivanti da agenti virali trasmissibili) e n. 641 del 28 febbraio 2020 (Ulteriori interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili).

²² V., *ex multis*, CGUE, sentenza del 28 gennaio 2010, C-333/08, *Commissione europea c. Francia*, par. 90.

²³ CGUE, sentenza del 14 dicembre 1979, causa 34/79, *Regina c. Henn e Darby*, par. 21.

²⁴ C.P. BOWN, "Trump's trade policy is hampering the US fight against COVID-19", *Peterson Institute for International Economics, Trade and Investment Policy Watch*, 13 marzo 2020.

²⁵ Decisione (UE) 2020/491 della Commissione del 3 aprile 2020 relativa all'esenzione dai dazi doganali all'importazione e dall'IVA concesse all'importazione delle merci necessarie a contrastare gli effetti della pandemia di Covid-19 nel corso del 2020.

²⁶ Per l'Italia, v. il decreto del Direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli n. 101115 del 27 marzo 2020.

Queste misure sono compatibili col diritto OMC: nessuna sua disposizione vieta, infatti, di applicare su base non discriminatoria, come operato dall'Unione europea, tariffe doganali più basse di quelle consolidate nelle liste di concessioni allegate al GATT 1994 (art. I e II GATT 1994). Le misure degli Stati Uniti sollevano qualche perplessità, laddove il livello di imposizione tariffaria risulti comunque (a causa della guerra commerciale con la Cina) superiore a quello indicato nella lista di concessioni di questo Paese.

L'effetto di simili provvedimenti è duplice. Da un lato, essi comportano minori costi per l'approvvigionamento di beni indispensabili; parallelamente, la loro attuazione può determinare un alleggerimento delle procedure doganali e, di tal guisa, accelerare i tempi per la distribuzione e l'utilizzo delle importazioni. Da sottolineare che la decisione UE non identifica le merci le cui importazioni avvengono in regime di franchigia doganale e di esenzione dall'IVA. Nel rispetto di requisiti prestabiliti, questa determinazione è rimandata alla discrezionalità degli Stati membri. Nell'ordinamento italiano, è stato previsto che l'importazione fosse condizionata alla presentazione di una autocertificazione da parte dell'importatore (o di chi agisca per suo conto) che ne attesti la conformità alle condizioni di cui alla decisione (UE) 2020/491²⁷.

L'importazione di presidi medici e sanitari, tuttavia, è subordinata non solo al pagamento dei tributi doganali, ma anche al rispetto di *requisiti tecnici* e al superamento di c.d. *procedure di valutazione di conformità*, atti ad assicurare che i beni in questione siano idonei a realizzare gli obiettivi prefissati di salute pubblica. Queste normative, tuttavia, possono costituire una barriera all'ingresso, e così rallentare le operazioni di assistenza. Il diritto OMC interviene su questa materia con l'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi, che propone una normativa ampia e articolata. Ci si vuole soffermare, in questa sede, su quelle norme che incoraggiano gli Stati a elaborare regolamenti tecnici (vincolanti), standard tecnici (non vincolanti) e procedure di valutazione di conformità sulla base di standard internazionali, conferendo la presunzione di legittimità per le normative conformi ad essi.

È questo il medesimo orientamento seguito dall'Unione europea, il cui regolamento (UE) 2016/425 del 9 marzo 2016²⁸, adottato in base al c.d. nuovo approccio in materia di armonizzazione, definisce i *requisiti essenziali* dei DPI immessi sul mercato interno, rinviando al Comitato europeo di

²⁷ V. il decreto del Direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli n. 107042/RU del 3 aprile 2020.

²⁸ Regolamento (UE) 2016/425 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, sui dispositivi di protezione individuale e che abroga la direttiva 89/686/CEE del Consiglio.

normazione (CEN) (o ad altri organismi) l'elaborazione di *specifiche tecniche* tramite l'adozione di norme armonizzate. Disposizioni analoghe vigono anche per i dispositivi medici²⁹.

In particolare, ai sensi del regolamento del 2016, i produttori e gli importatori di DPI assicurano che questi ultimi rispettino i *requisiti essenziali*; le norme armonizzate approvate dal CEN non sono vincolanti, ma nel caso siano seguite le *specifiche tecniche* ivi previste, vale una presunzione di conformità al regolamento medesimo. È anche per questo motivo che il CEN è intervenuto nella prima fase dell'emergenza da COVID-19 rendendo immediatamente accessibili gli standard vigenti riguardo a beni per i quali vi fosse una carenza di offerta, allo scopo di potenziare la loro produzione in seno all'Unione europea³⁰. Dal canto suo, la Commissione europea ha elaborato una raccomandazione per quanto concerne le procedure di valutazione di conformità, invitando gli Stati a eseguirle in via prioritaria per i DPI e altri presidi e, se del caso, autorizzare deroghe agli accertamenti altrimenti previsti³¹.

4. Il ruolo delle politiche commerciali nella ricostruzione economica

La crisi sanitaria scoppiata nel 2020 è all'origine di una grave recessione economica³² e una forte contrazione degli scambi commerciali³³. La ricostruzione richiede un forte intervento degli Stati, anche di sostegno finanziario a favore delle imprese nazionali. Al contempo, le specificità di una pandemia impongono di non trascurare esigenze di sanità pubblica e quindi l'adozione di misure atte a garantire che la ripresa delle attività economiche e sociali, seppur graduale, avvenga in condizioni di sicurezza. In un'ottica di lungo periodo, gli avvenimenti degli ultimi mesi potranno stimolare l'adozione di

²⁹ V. il testo consolidato del regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio.

³⁰ Commissione europea, *Coronavirus: norme europee per le forniture mediche disponibili gratuitamente per facilitare l'aumento della produzione*, Comunicato stampa, 20 marzo 2020.

³¹ Raccomandazione (UE) 2020/403 della Commissione del 13 marzo 2020 sulle procedure di valutazione della conformità e di vigilanza del mercato nel contesto della minaccia rappresentata dalla COVID-19.

³² V. G. GOPINATH, "The Great Lockdown: Worst Economic Downturn Since the Great Depression", *IMFBlog*, 14 aprile 2020.

³³ OMC, *Trade set to plunge as COVID-19 pandemic upends global economy*, press release, 8 aprile 2020.

politiche volte ad aumentare la capacità degli Stati di far fronte a crisi analoghe che potrebbero presentarsi nel futuro.

Quest'ultimo paragrafo si propone di accertare se e in quale misura il diritto dell'OMC riconosca, anche in questo caso, un margine di manovra al cui interno gli Stati possano intervenire. L'attenzione sarà dedicata a tre diversi ambiti, senza con ciò voler sottovalutare l'importanza di altre misure.

Innanzitutto, la *sospensione o riduzione dei dazi all'importazione* di presidi medici e sanitari, introdotta unilateralmente da alcuni Paesi, potrebbe essere oggetto di un negoziato multilaterale, come proposto dall'Unione europea³⁴. Nel diritto OMC non mancano accordi per l'abolizione di dazi e altri oneri doganali all'importazione di specifici beni quali quelli delle tecnologie dell'informazione³⁵ o taluni prodotti farmaceutici³⁶. Alla luce di queste esperienze, l'avvio di un negoziato multilaterale per la liberalizzazione degli scambi dei beni che qui interessano potrà avere un impatto positivo nell'eventualità di future crisi, dal momento che l'applicazione di migliori condizioni di importazione sarà istituita su base permanente e non richiederà interventi *ad hoc* delle autorità nazionali. Peraltro, nel definire la sfera materiale di applicazione di un simile accordo, potrebbe essere opportuno valutare se estenderla anche alle componenti delle apparecchiature interessate, in considerazione del carattere transnazionale delle loro catene di produzione.

Nelle prime fasi della crisi sanitaria, gli Stati hanno concentrato i loro sforzi per l'acquisto di presidi per i quali sui mercati mondiali si registrava una offerta limitata, a causa dell'improvviso aumento della domanda, con le evidenti difficoltà di approvvigionamento e problemi legati a manovre speculative di rialzo dei prezzi. Da qui discende come un secondo ambito di intervento possa riguardare gli *appalti pubblici*, regolati dal *Revised Agreement on Government Procurement* del 2012. In base a questo accordo, i 48 membri dell'OMC che ne sono parte sono tenuti al rispetto di obblighi procedurali, oltre che di trasparenza, imparzialità e non discriminazione, per le gare di appalto relative alla fornitura alle amministrazioni pubbliche dei beni e servizi indicati nelle liste allegare da ciascuno all'accordo. Una specifica clausola prevede che quest'ultimo non si applichi per gli appalti volti a prestare assistenza internazionale (art. I, par. 3, lett. e). Sempre nella fase immediatamente successiva a una crisi sanitaria, l'art. XIII, par. 1, lett. d)

³⁴ OMC, *COVID-19 and Beyond; Trade and Health*, GWT/GC/223 del 4 novembre 2020.

³⁵ Si intende qui fare riferimento all'Accordo sulle tecnologie dell'informazione (Information Technology Agreement) concluso nel dicembre 1996, la cui sfera di operatività è stata successivamente ampliata nel 2015, www.wto.org.

³⁶ GATT, *Trade in Pharmaceutical Products*, L/7430, 4 marzo 1994.

consente, nel rispetto di taluni requisiti sostanziali, l'avvio di gare a trattativa privata se strettamente necessario «for reasons of extreme urgency brought about by events unforeseeable by the procuring entity» e laddove «the goods or services could not be obtained in time using open tendering or selective tendering».

Nella prospettiva di una maggiore resilienza, l'avvio di gare di appalto sulla base dei principi e delle norme generali dell'accordo può favorire la costituzione di scorte di presidi tramite un uso efficiente delle finanze pubbliche. Da sottolineare che i beni le cui forniture sono oggetto degli impegni assunti dai 48 membri parti dell'accordo non sempre includono presidi rivelatisi indispensabili nell'attuale crisi, come ad esempio per l'Unione europea. L'opportunità del favore così accordato ai produttori nazionali potrebbe essere riconsiderata unilateralmente, soprattutto qualora l'offerta domestica non sia oggettivamente in grado di far fronte al fabbisogno. Peraltro, l'inclusione di tali beni nelle liste allegate da tutti i membri permetterebbe di realizzare una maggiore concorrenza su questo specifico mercato degli appalti pubblici, e così favorire migliori condizioni di approvvigionamento.

Un ultimo ambito sul quale può essere concentrata l'attenzione è quello degli aiuti di Stato, vista la necessità di approntare ampi programmi di sostegno alle attività di impresa per limitare le ricadute negative della pandemia sul tessuto produttivo e sociale nazionale. Il diritto OMC interviene su questa materia tramite l'Accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative volto a limitare gli effetti distorsivi sugli scambi commerciali delle sovvenzioni alla *produzione di beni*. Questo non include tuttavia nessun regime di deroga che possa trovare applicazione in situazioni di emergenza, diversamente, ad esempio, da quanto contemplato nell'ordinamento dell'Unione europea³⁷. Ciononostante, alcuni margini di manovra emergono da una più attenta lettura dell'accordo.

Innanzitutto, quest'ultimo si applica alle sovvenzioni c.d. specifiche, ovvero accordate a una o più imprese o a vantaggio di uno o più settori produttivi comunque determinati (art. 2). Ne consegue che programmi generali di sostegno alla produzione non rientrano nel regime di divieti e azioni correttive altrimenti applicabili. Inoltre, le sovvenzioni specifiche sono vietate se subordinate ai risultati all'esportazione o all'impiego di merci nazionali nel processo produttivo (art. 3): quest'ultima circostanza potrebbe

³⁷ V. comunicazione della Commissione, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, 2020/C 91 I/01; comunicazione della Commissione, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, 2020/C 112 I/01.

determinare l'illegittimità di programmi che condizionano l'accesso ai fondi pubblici al rispetto di clausole c.d. *buy national* da parte dei beneficiari. In casi diversi da quelli indicati, le sovvenzioni specifiche sono illegittime solo laddove procurino un danno agli interessi di un altro Stato (art. 5), sul quale ricade l'onere di provare un simile pregiudizio sulla base di elementi specificamente individuati (art. 6). Infine, seppur le deroghe al regime brevemente indicato previste dall'art. 8 (tra cui anche le sovvenzioni a favore di regioni svantaggiate) si siano estinte dal 2000, l'OMC ne ha riconosciuto comunque l'importanza per i Paesi in via di sviluppo e ha esortato gli altri membri ad applicare una clausola di pace nei loro confronti³⁸.

La disciplina fin qui brevemente richiamata concerne esclusivamente le sovvenzioni alla produzione di beni. Per quanto invece concerne il settore dei *servizi*, ampia è la discrezionalità nel definire programmi di supporto finanziario, giacché l'art. XV dell'Accordo generale sul commercio di servizi rimanda l'elaborazione della normativa al riguardo a un negoziato multilaterale, non ancora conclusosi. Più restrittivo invece è il regime che sovrintende all'erogazione di aiuti di Stato a favore dell'agricoltura. In questo ambito, infatti, i membri dell'OMC hanno assunto specifici obblighi di riduzione delle c.d. misure di sostegno interno³⁹, con la conseguenza che il supporto ai produttori agricoli che abbiano sofferto danni economici a causa della pandemia è limitato agli interventi di cui all'Allegato 8 dell'accordo rilevante (c.d. *green box measures*).

³⁸ V. OMC, *Implementation -related issues and concerns. Decision of 14 November 2001*, WT/MIN(01)/7, 20 novembre 2001, par. 10.2.

³⁹ V. agli art. 6 e 7 dell'Accordo sull'agricoltura.

Obblighi di notifica e *due diligence* in materia sanitaria: ipotesi di responsabilità per illecito internazionale nelle prime settimane della pandemia di COVID-19

GIULIA BAJ*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti rilevanti. – 3. Obblighi di comunicazione previsti dal Regolamento Sanitario Internazionale del 2005. – 4. Obblighi di *due diligence* nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti. – 5. Possibili conseguenze emergenti dalla commissione di un atto internazionalmente illecito. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo analizza la condotta tenuta dalle autorità cinesi nelle settimane tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020 sulla base delle rilevanti previsioni del Regolamento sanitario internazionale del 2005 dell'OMS (RSI 2005) e del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti (Progetto). In particolare, è considerato l'obbligo di comunicazione alla OMS stabilito dal RSI 2005, funzionale alla realizzazione di una *governance* sanitaria globale e, quindi, alla adozione di misure concertate per contrastare efficacemente l'insorgere di emergenze di sanità pubblica di rilevanza internazionale. La scarsa trasparenza delle autorità cinesi, volta a ridimensionare la gravità della malattia e del numero di contagi, profila anche ipotesi di violazione dell'obbligo di *due diligence* stabilito dal Progetto. Dalla condotta tenuta sembra infatti che le autorità statali non abbiano fatto tutto quanto ragionevolmente in loro possesso per realizzare gli obiettivi di prevenzione e contrasto alla diffusione internazionale di malattie stabiliti nel RSI 2005. La prova delle condotte internazionalmente illecite è complessa, proprio a causa della dubbia diffusione dei dati che costituisce anche parte dell'illecito stesso. Qualora l'illecito venisse dimostrato, anche le conseguenze presenterebbero delle difficoltà, in particolare rispetto all'individuazione degli Stati lesi e dei danni direttamente causati dalla condotta illecita risulta complessa. Alla luce della possibilità del ripetersi di eventi simili, anche a causa della semplicità e rapidità di spostamenti internazionali, la richiesta di garanzie di non ripetizione appare opportuna.

PAROLE CHIAVE: OMS – RSI 2005 – responsabilità internazionale – Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti – obbligo di notifica e informazione – *due diligence*.

1. Introduzione

Nell'epoca globalizzata e connessa in cui viviamo sembra molto difficile mantenere segreti; soprattutto, quando il segreto in questione riguarda il

* Dottoranda in Public, European and International Law, Università di Milano-Bicocca, g.baj1@campus.unimib.it.

diffondersi di una malattia connessa a casi di polmonite a eziologia ignota¹, con un tasso di diffusione rapidissimo, causata da un virus mai osservato al microscopio². Eppure, ci sono fondati motivi per ritenere che le autorità cinesi abbiano taciuto per alcune settimane l'emergere e il diffondersi del virus successivamente denominato SARS-CoV-2, settimane importanti per evitare il diffondersi di quest'ultimo, dentro e fuori i confini cinesi. Ci sono anche fondati motivi per ritenere che le autorità cinesi non abbiano fatto tutto quanto ragionevolmente possibile per arginare la diffusione del virus. Se ciò fosse confermato, superando la nuvola di fumo sollevata dalle autorità cinesi e riuscendo a distinguere le dicerie infondate da quelle che invece riportano il vero, si potrebbe profilare una ipotesi di responsabilità internazionale in capo alla Cina, a causa della violazione di obblighi informazione all'OMS e di *due diligence* stabiliti dal Regolamento sanitario internazionale del 2005 (RSI 2005), la cui adozione è prevista dall'art. 21 della Costituzione OMS³ nonché, per quanto riguarda l'obbligo di *due diligence*, dal Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti (Progetto). Una possibile violazione di obblighi di *due diligence* emerge anche in relazione a obblighi di diritto internazionale generale. La prova di questi illeciti è tutt'altro che scontata, tuttavia analizzare tale possibilità risulta opportuno, anche alla luce degli ingenti danni causati dalla diffusione del virus su scala mondiale che per motivi più spiccatamente dottrinali⁴.

Il contributo presenta una breve descrizione degli eventi occorsi tra la fine del 2019 e le prime settimane del 2020, prestando particolare attenzione alle interazioni tra OMS e Cina, sia per quanto riguarda i contenuti di queste, che le loro tempistiche. Tale riepilogo serve a identificare il periodo e le condotte successivamente analizzate. Secondariamente, tali eventi sono analizzati alla luce delle disposizioni del RSI 2005. Quest'ultimo, perseguendo

¹ C. HUANG, Y. WANG, X. LI *et al.*, *Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuban, China*, in *The Lancet*, 2020, p. 497 ss.; T. VELAVAN, C.G. MEYER, *The COVID-19 epidemic*, in *Tropical medicine & international health*, 2020, p. 278 ss.

² OMS, *WHO Director-General's statement on the advice of the IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus* del 23 gennaio 2020.

³ Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, 1946.

⁴ A proposito della analisi del possibile ruolo del diritto internazionale in materia di responsabilità rispetto a problematiche connesse alla pandemia di COVID-19, v., *ex multis*, M. PAPARINSKIS, *COVID-19 Claims and the Law of International Responsibility*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2020, p. 311 ss.; L. BERGKAMP, *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 343 ss.; A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, "Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", *EJIL: Talk!*, 24 marzo 2020; T. DE SOUZA DIAS, A. COCO, "Part II: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak", *EJIL: Talk!*, 25 marzo 2020.

finalità di protezione della salute pubblica a livello globale, delinea i rapporti tra OMS e Stati membri sulla base della centralità e *governance* della OMS. In tale contesto si inseriscono gli obblighi di comunicazione alla OMS in capo agli Stati, così da permettere la adozione a livello internazionale di misure concertate, tali da debellare efficacemente il pericolo per la salute pubblica. Successivamente, è discussa la possibilità di una violazione di un obbligo internazionale di *due diligence*. La protezione della salute pubblica da eventi avversi di natura esogena non può che costituire un obbligo di mezzi; tuttavia, l'imprecisa comunicazione di informazioni alla OMS e il prolungato rifiuto delle offerte di quest'ultima di invio di esperti internazionali fanno dubitare che le autorità cinesi abbiano compiuto tutto ciò che era ragionevolmente possibile per evitare il diffondersi del virus SARS-CoV-2. Da ultimo, le possibili conseguenze in caso tale illecito internazionale sia verificato sono analizzate tenendo in considerazione la condotta degli Stati lesi, in particolare l'Italia.

2. I fatti rilevanti

Durante l'ultimo anno, ci siamo abituati a ricevere informazioni dettagliate e costantemente aggiornate circa l'evolvere della pandemia di COVID-19. Tuttavia, i primi giorni, forse settimane, dalla rilevazione di casi di polmonite di origine ignota sono – pare – caratterizzati da poche informazioni, messe a tacere. Ciononostante, sono proprio quei primi giorni a essere particolarmente significativi ai fini della verifica di ipotesi di responsabilità internazionale per violazione di obblighi di comunicazione e *due diligence*. Ufficialmente, la prima comunicazione all'OMS a tale riguardo risale al 31 dicembre 2019; tuttavia, secondo alcune ricostruzioni, le prime morti parrebbero infatti risalire addirittura a settimane prima; tra il 10 dicembre e il 4 gennaio vi erano già 425 casi di COVID-19 a Wuhan⁵, e pare che i primi pazienti siano stati ricoverati nel novembre 2019⁶. Ciò appare tanto più eclatante considerando come – pare – diversi medici si fossero già accorti della sua gravità. Stando alle ricostruzioni, infatti, diversi medici di Wuhan avrebbero avvertito le autorità dell'insorgere di casi di polmonite di origine ignota, segnalandone il pericolo; le autorità locali, tuttavia, avrebbero intimato loro di

⁵ Q. LI, X. GUAN, P. WU *et al.*, *Early Transmission Dynamics in Wuhan, China, of Novel Coronavirus-Infected Pneumonia*, in *The New England Journal of Medicine*, 2020, p. 1199 ss.

⁶ K.G. ANDERSEN, A. RAMBAUT, W.I. LIPKIN, E.C. HOLMES, R.F. GARRY, *The proximal origin of SARS-CoV-2*, in *Nature medicine*, 2020, p. 450 ss.

non diffondere la notizia⁷. Anche le prime ipotesi circa la possibile trasmissibilità del virus tra umani sarebbero state censurate dalle autorità. A queste notizie ufficioso si aggiungono però dati e informazioni ufficiali: nonostante la comunicazione all'OMS dell'emergere di una nuova malattia, scarsi sono stati gli inviti alla prudenza e le misure adottate per arginare il diffondersi della malattia fino alla fine del convegno municipale e di quello provinciale del partito comunista tenutisi a Wuhan nelle prime settimane di gennaio⁸. Solo dopo la loro conclusione del convegno, il giornale ufficiale del partito, il Quotidiano del Popolo⁹, ha dato notizia della diffusione del virus. Negli stessi giorni (20-21 gennaio), un gruppo di esperti inviati dall'OMS dagli uffici regionali per la Cina e il Pacifico occidentale conducevano una breve visita a Wuhan. Tale visita ha preceduto quella del Direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus, finalizzata a convincere le autorità cinesi ad accettare l'offerta dell'invio di un team internazionale di esperti per studiare il virus SARS-CoV-2, visita dettata dalla riluttanza fino a quel momento mostrata dalla Cina. Si deve ricordare, poi, che le festività del Capodanno cinese, periodo tradizionalmente caratterizzato da viaggi all'interno e all'esterno dei confini nazionali, si sono tenute nel 2020 tra il 24 gennaio e l'8 febbraio. Le prime settimane del 2020, cruciali per ricostruire la genesi del virus SARS-CoV-2 e verificare se si profilino ipotesi di responsabilità per illecito internazionale, non sono quindi completamente chiare neppure oggi. Tuttavia, la scarsa trasparenza delle autorità cinesi¹⁰ potrebbe, anziché costituire un ostacolo, essere considerata anch'essa condotta delle autorità statali e pertanto essere analizzata in base alle disposizioni del RSI 2005 e del Progetto.

⁷ L. KUO, "Coronavirus: Wuhan doctor speaks out against authorities", *The Guardian*, 11 marzo 2020.

⁸ L. ZHANG, H. LI, K. CHEN, *Effective Risk Communication for Public Health Emergency: Reflection on the COVID-19 (2019-nCoV) Outbreak in Wuban, China*, in *Healthcare*, 2020, p. 64 ss.; Q. GANG, "Questions for Hubei's delegates", *China Media Project*, 10 febbraio 2020.

⁹ "All-out efforts ordered to curb spread of virus", *People's Daily*, 21 gennaio 2020.

¹⁰ J. ZAROCOSTAS, *WHO team begins COVID-19 origin investigation*, in *The Lancet*, 2021, p. 459.

3. Obblighi di comunicazione previsti dal Regolamento Sanitario Internazionale del 2005

Il menzionato RSI, strumento giuridicamente vincolante per i 194 Stati parte dell'OMS¹¹, ha come scopo il prevenire la diffusione internazionale di malattie attraverso un sistema di coordinamento internazionale accentrato nell'OMS e innescato dalla comunicazione di eventi che possano costituire un pericolo per la salute pubblica. Per realizzare tale obiettivo, all'OMS viene assegnato un ruolo centrale nella sorveglianza, valutazione del rischio e risposta, al fine di assicurare interventi efficienti e proporzionati¹². In particolare, il RSI 2005 prevede l'obbligo di informazione alla OMS in una ristretta cornice temporale di quegli eventi che possano costituire un pericolo per la salute pubblica. L'art. 6 stabilisce che «ogni Stato parte debba notificare all'OMS [...] entro 24 ore dalla valutazione delle informazioni riguardanti la salute pubblica, tutti gli eventi che possano costituire all'interno del proprio territorio un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»¹³, quest'ultima definita dall'art. 1 come un evento straordinario che può «costituire un rischio per altri Stati a causa della diffusione internazionale della malattia e richiedere una risposta internazionale coordinata»¹⁴. L'art. 7 espande la procedura all'obbligo, per gli Stati parte, di condivisione di «prove che confermino un evento riguardante la salute pubblica insolito o inaspettato all'interno del proprio territorio, indipendentemente dalle origini o dalla fonte, che possa costituire un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»¹⁵. In generale, gli art. 5-14, inseriti nella Parte II del RSI 2005, intitolata «Informazioni e risposta sanitaria» impongono obblighi in capo agli Stati parte destinati a permettere la tempestiva diffusione di informazioni rilevanti a proposito di eventi che possano costituire una emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale, avendo l'OMS come snodo centrale. Del resto, la necessità di cooperazione e condivisione di informazioni è forse ancor più necessaria in caso di malattie infettive, dato che un loro efficace contrasto richiede l'adozione tempestiva di misure¹⁶,

¹¹ Si segnala che la Cina non ha né apposto riserve né dichiarato la non accettazione al RSI 2005.

¹² G.L. BURCI, "The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?", *EJIL:Talk!*, 27 febbraio 2020.

¹³ Assemblea mondiale della sanità, *Revision of International Health Regulations*, WHO Doc. WHA58.3 del 23 maggio 2005, art. 6.

¹⁴ Ivi, art. 1.

¹⁵ Ivi, art. 7.

¹⁶ D.P. FIDLER, *Emerging Trends in International Law Concerning Global Infectious Disease Control*, in *Emerging Infectious Diseases*, 2003, p. 285 ss.

come confermato dal *Policy statement on Data sharing by the world health organization in the context of public health emergencies* dell'OMS del 2016. Tale documento non solo ha ribadito l'obbligo di notifica in capo agli Stati parte del RSI 2005, ma al punto 1 evidenzia che, nonostante i dati epidemiologici appartengano allo Stato dove sono stati generati, la conoscenza generata da questi è un bene pubblico globale, pertanto questi dati devono essere condivisi di *default*¹⁷.

Per le sue caratteristiche, il virus SARS-CoV-2 è stato dichiarato dall'OMS una «emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale» ex art. 1 RSI 2005¹⁸. Come visto, l'art. 6 impone l'obbligo di notifica di informazioni connesse a questi eventi all'OMS entro 24 ore dalla valutazione delle informazioni. Al fine di meglio chiarire la portata dell'obbligo stabilito all'art. 6, appare utile fare riferimento all'Allegato 2 al RSI 2005, intitolato «Strumento decisionale per la valutazione e la notifica di eventi che potrebbero costituire una emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale»¹⁹. Tale Allegato indica quattro requisiti per l'individuazione di una tale emergenza, stabilendo che gli Stati Parti che presentino almeno due dei quattro requisiti debbano darne notifica all'OMS in base all'art. 6 del Regolamento sanitario internazionale²⁰. Peraltro, la sindrome respiratoria acuta grave (SARS) è elencata all'interno del medesimo Allegato come malattia i cui casi devono essere notificati all'OMS, a causa del loro possibile grave impatto sulla sanità pubblica²¹. Uno Stato che procedesse alla notifica oltre le 24 ore violerebbe l'obbligo stabilito dall'art. 6 RSI 2005. Pertanto, informazioni mancanti, in ritardo, o non completamente affidabili non sarebbero soltanto uno sfortunato evento, ma costituirebbero una questione giuridica, investendo anche profili di possibile responsabilità statale per illecito internazionale²². La Cina ha notificato all'OMS la presenza sul proprio territorio di casi di polmonite da eziologia sconosciuta, possibile emergenza di salute pubblica di rilevanza internazionale, il 31 dicembre 2019²³. Tuttavia, stando

¹⁷ OMS, *Policy statement on Data sharing by the world health organization in the context of public health emergencies (as of 13 April 2006)*, in *Weekly Epidemiological Record*, 2006, p. 237 ss.

¹⁸ OMS, *WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)* del 30 gennaio 2020.

¹⁹ Assemblea mondiale della sanità, *Revision of International Health Regulations*, cit., Annex 2.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² A. VON BOGDANDY, P.A. VILLARREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, MPIL Research Paper Series 2020-07.

²³ OMS, *Pneumonia of unknown cause – China* del 5 gennaio 2020.

alle ricostruzioni basate sui dati trapelati dalla Cina, il virus circolava da molto prima. Le informazioni a sostegno della conoscenza da parte delle autorità cinesi della diffusione del virus ben prima della notifica all'OMS provengono da fonti non ufficiali o sono frutto di operazioni deduttive. Tuttavia, se fossero confermate, la diffusione del virus e l'insorgenza di ricoveri a esso dovuti si sarebbero verificati settimane prima del 31 dicembre. Se si dimostrasse non solo ciò, ma anche che, alla luce dei primi casi, le autorità competenti avevano valutato il virus come una potenziale emergenza per la salute pubblica di rilevanza internazionale (e a questo fine l'essere il SARS-CoV-2 un virus sconosciuto potrebbe essere contemporaneamente un elemento a favore e a sfavore), il termine di 24 ore stabilito dall'art. 6 RSI 2005 non sarebbe quindi stato rispettato.

Inoltre, l'art. 6.2 RSI 2005 prevede che «[i]n seguito ad una notifica, uno Stato Parte deve continuare a comunicare prontamente all'OMS le informazioni sulla sanità pubblica disponibili e relative all'evento notificato in modo sufficientemente preciso e dettagliato, includendo, se possibile, le definizioni di caso, i risultati di laboratorio, la fonte e il tipo di rischio, il numero dei casi e dei decessi, le condizioni che incidono sulla diffusione della malattia e le misure sanitarie adottate»²⁴. Stando ai dati finora emersi, in attesa di conferma – se mai sarà possibile ottenerla – le autorità cinesi non hanno sempre condiviso informazioni in maniera sufficientemente precisa e dettagliata. In particolare, suscita dubbi la comunicazione della scoperta della trasmissibilità tra umani del virus, elemento significativo nella valutazione delle «condizioni che incidono sulla diffusione della malattia». Mentre ipotesi circa la probabile trasmissibilità del virus tra umani erano già state sostenute a fine dicembre²⁵, le autorità cinesi hanno assicurato l'OMS del contrario, portando l'OMS stessa ad affermare pubblicamente, attraverso la propria pagina ufficiale sul *social network* Twitter, la non trasmissibilità tra esseri umani il 14 gennaio²⁶.

²⁴ Assemblea mondiale della sanità, *International health regulations*, cit., art. 6.

²⁵ J. CHAN, S. YUAN, K. KOK *et al.*, *A familial cluster of pneumonia associated with the 2019 novel coronavirus indicating person-to-person transmission: a study of a family cluster*, in *The Lancet*, 2020, p. 514 ss; K. HUANG, "Coronavirus: Wuhan doctor says officials muzzled her for sharing report on WeChat", *South China Morning Post*, 11 marzo 2020; J. KYNGE, S. YU, T. HANCOCK, "Coronavirus: the cost of China's public health cover-up", *Financial Times*, 6 febbraio 2020; L. KUO, "Coronavirus: Wuhan doctor speaks out against authorities", cit.

²⁶ OMS, *Listings of WHO's response to COVID-19* del 29 giugno 2020.

4. Obblighi di *due diligence* nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti

Se i dati sopra menzionati fossero confermati, la loro analisi in riferimento non solo al RSI 2005, ma anche al Progetto della Commissione del Diritto Internazionale del 2001, prospetterebbe un illecito internazionale. In particolare, in base agli art. 2 e 12 del Progetto, un illecito statale consiste in una condotta non conforme a quanto previsto dalla norma internazionale, attribuibile allo Stato stesso²⁷; pertanto, se venissero provati il ritardo delle autorità cinesi nella notifica all'OMS dal momento di insorgenza dell'obbligo stabilito dall'art. 6 RSI 2005 e la mancata comunicazione di informazioni sufficientemente precise e dettagliate sulla salute pubblica, si configurerebbe un illecito internazionale.

Meritevole di analisi sulla base delle disposizioni RSI 2005 e del Progetto è anche il comportamento delle autorità cinesi nelle prime settimane del 2020, dopo la notifica all'OMS implicante il riconoscimento di un potenziale pericolo per la salute internazionale, nella forma di un virus epidemico. In base all'art. 2 RSI 2005, «[l]o scopo e l'ambito del presente Regolamento mirano a prevenire, proteggere, tenere sotto controllo e fornire una risposta sanitaria alla diffusione internazionale di malattie tramite modalità commisurate e limitate ai rischi per la salute pubblica»²⁸. Affinché lo scopo del regolamento sia rispettato, gli Stati devono quindi prevenire, proteggere, tenere sotto controllo e fornire una risposta sanitaria al diffondersi di malattie. Mentre gli articoli successivi delineano obblighi più specifici nel quadro di condivisione di informazioni riguardanti potenziali minacce sanitarie, l'art. 2 RSI 2005 delinea un obbligo di *due diligence* mirato alla prevenzione della diffusione di malattie²⁹. In quanto obbligo di condotta, l'art. 2 RSI 2005 non individua specifici comportamenti che devono essere tenuti dagli Stati parte, ma al contrario, con flessibilità, richiede agli Stati di agire in maniera ragionevolmente cauta e diligente³⁰. Lo standard di *due diligence* costituisce,

²⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/56/10 del 10 agosto 2001.

²⁸ Assemblea mondiale della sanità, *International health regulations*, cit., art. 2.

²⁹ A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, *Prevent, Respond, Cooperate States' Due Diligence Duties vis-à-vis the COVID-19 Pandemic*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2020, p. 218 ss.

³⁰ C.P. ECONOMIDES, *Content of the Obligation: Obligations of Means and Obligations of Result*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 371 ss.; A. PETERS, H. KRIEGER, L. KREUZER, *Due Diligence in the International Legal Order: Dissecting the Leitmotif of Current Accountability Debates*,

infatti, un parametro per verificare e misurare la condotta tenuta da uno Stato³¹. A tale proposito, si deve evidenziare che le autorità cinesi hanno temporeggiato e tenuto una condotta orientata al ridimensionamento del virus, sottovalutandone gravità e rapidità di diffusione. Le scarse conoscenze e molte incertezze in campo medico che allora circondavano il virus SARS-CoV-2 avrebbero dovuto portare all'adozione di misure precauzionali, temperando così all'obbligo di *due diligence* per prevenire rischi in mancanza di solide conoscenze medico-scientifiche. Dato il già menzionato carattere flessibile di questo obbligo non è semplice individuare una violazione dello stesso; il contenuto di questo obbligo non può essere individuato in maniera generalizzata, ma varia in base a diversi fattori, come il carattere della norma primaria a cui si applica, le particolari circostanze del caso³², la natura degli interessi coinvolti³³. In particolare, nel suo secondo rapporto sulla materia l'International Law Association (ILA) ha segnalato come l'obbligo di *due diligence* comporti uno standard difficilmente definibile in termini assoluti, dato il suo contenuto variabile, evidenziando in particolare il livello di sviluppo economico di un particolare Stato, il suo effettivo controllo sul territorio e attori non statali e il livello di rischio (anche potenziale) coinvolto nell'attività come fattori in grado di modificare lo standard di *due diligence*³⁴. Conseguentemente, gli Stati hanno un ampio margine di discrezionalità nell'adottare le misure ragionevoli richieste. Al fine di ridurre questo margine, il report dell'ILA evidenzia la possibilità della norma primaria di identificare specifici obblighi o specifiche misure; tuttavia, nel caso in analisi il citato art. 2 RSI 2005 non individua tali obblighi o norme specifici. Sebbene risalente giurisprudenza abbia affermato come la predisposizione,

in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020, p. 1 ss.; R.P. BARNIDGE, *The Due Diligence Principle Under International Law*, in *International Community Law Review*, 2006, p. 81 ss. V. anche CIG, sentenza del 26 febbraio 2007, *Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*.

³¹ V., *ex multis*, R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, in *German Yearbook of International Law*, 1992, p. 9 ss.; J. BOURKE-MARTIGNONI, *The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women against Violence*, in C. BENNINGER-BUDEL (ed.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Leiden-Boston, 2008, p. 47 ss.

³² R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule*, cit.

³³ A tale proposito, v. J. KULESZA, *Due Diligence in International Law*, Leiden-Boston, 2016; I. PAPANICOLOPULU, *Due Diligence in the Law of the Sea*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, cit., p. 147 ss.; R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule*, cit.

³⁴ International Law Association, *ILA Study Group on Due Diligence in International Law, Second Report* del luglio 2016.

da parte di uno Stato, di un minimo apparato statale per il rispetto degli obblighi (minimo, seppur sufficiente in base a uno standard internazionale) sia necessario per adempiere a obblighi di *due diligence*, indipendentemente dalla effettiva capacità dello Stato³⁵, la nozione di *due diligence* richiede, come osservato dalla Corte internazionale di giustizia, una «valutazione in concreto»³⁶, poiché «vari parametri operano nel valutare se uno Stato abbia debitamente adempiuto a un certo obbligo»³⁷. La flessibilità corre quindi il rischio di tramutarsi in relatività, l'obbligo soccombente di fronte alla discrezionalità statale. L'approccio «eclettico-oggettivistico» all'obbligo di *due diligence*, capace di sposare le teorie a sostegno di una interpretazione di tale obbligo sia in senso soggettivo che in senso oggettivo³⁸, tenendo così in debita considerazione sia le particolari caratteristiche degli obblighi di condotta rispetto agli obblighi di risultato, nonché le esigenze di certezza del diritto, non deve tendere a favore né di una interpretazione in senso soggettivo, né in senso oggettivo.

Se, nel caso concreto, si accertasse che la condotta tenuta dalla Cina sia stata ispirata alla minimizzazione del pericolo più che alla cautela, si profilerebbe una violazione dell'obbligo sancito nell'art. 2 RSI 2005, non avendo la Cina adottato tutte le misure in suo potere e ragionevolmente disponibili per evitare il diffondersi del virus. A conferma della tesi secondo la quale le autorità cinesi non hanno tenuto una condotta diligente nelle prime settimane successive alla notifica all'OMS, vale la pena ricordare che quest'ultima aveva offerto alla Cina la possibilità di inviare una squadra per indagare sul nuovo virus nella prima metà di gennaio, offerta rimasta senza risposta per quasi due settimane³⁹ – un tempo apparentemente breve, ma inutilmente

³⁵ V., per esempio, General Claims Commission, decisione del 29 ottobre 1930, *Mrs. Elmer Elsworth Mead (Helen O. Mead) (USA v. United Mexican States)*. A riguardo, v. R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule*, cit.; G. BARTOLINI, *The Historical Roots of Due Diligence Standard*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, cit., p. 23 ss. V. anche A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, "Part I: Due Diligence and COVID-19", cit.

³⁶ CIG, sentenza del 26 febbraio 2007, *Case concerning the application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ R. PISILLO-MAZZESCHI, *The Due Diligence Rule*, cit.

³⁹ Il team di esperti selezionato dall'OMS è arrivato in Cina il 10 febbraio 2020, v. OMS, *WHO Director-General's opening remarks at the technical briefing on 2019 novel coronavirus* del 10 febbraio 2020. Tuttavia, tale accordo è stato raggiunto due settimane di trattative tra OMS e autorità cinesi, v. OMS, *WHO, China leaders discuss next steps in battle against coronavirus outbreak* del 28 gennaio 2020; Organizzazione mondiale della sanità, *Listings of WHO's response to COVID-19* del 29 giugno 2020.

lungo quando si fronteggia una emergenza sanitaria di portata potenzialmente globale. In quanto offerta, questa era rifiutabile dalle autorità cinesi senza violare le disposizioni RSI 2005. La mancata accettazione di tale supporto può configurare, però, una condotta negligente, dato che tale rifiuto provverebbe come lo Stato cinese non abbia adottato tutte le misure ragionevolmente disponibili per evitare la diffusione di SARS-CoV-2. Tra queste misure ragionevolmente disponibili è appunto possibile includere la collaborazione con gli esperti OMS per una ricerca sul campo; rifiutandola, non si sono evidentemente adottate tutte le misure. La mancata adozione di misure atte alla prevenzione di eventi dannosi richieste dall'art. 2 RSI 2005 costituirebbe quindi una violazione dell'obbligo di *due diligence* previsto dall'art. 2 RSI 2005.

Al di là delle disposizioni previste dal RSI 2005, potrebbero profilarsi ipotesi di responsabilità internazionale per lo Stato cinese anche per violazione di obblighi di *due diligence* rispetto a norme di diritto internazionale generale⁴⁰. Innanzitutto, il diritto alla vita è sancito, in diverse convenzioni internazionali⁴¹, spesso come diritto inderogabile⁴². Rispetto a tale diritto, la giurisprudenza internazionale⁴³ ha evidenziato come le norme in materia impongano agli Stati l'obbligo di proteggere il diritto alla vita, per esempio attraverso la adozione di misure preventive e di salvaguardia, configurando pertanto obblighi di *due diligence*. A tale proposito, merita di essere menzionato il *General Comment* n. 6 sul diritto alla vita del Comitato dei diritti umani, in base al quale gli Stati devono adottare «appropriate misure» rispetto alle generali condizioni della società che possano costituire un pericolo per la vita⁴⁴. Similarmente, il diritto alla salute comporta un dovere di

⁴⁰ Sul punto, v. A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, “Part I: Due Diligence and COVID-19”, cit.; T. DE SOUZA DIAS, A. COCO, “Part II: Due Diligence and COVID-19”, cit.

⁴¹ V., ad esempio, Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, art. 6; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, art. 2; Convenzione americana sui diritti umani del 1969, art. 4.

⁴² V. Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966, art. 4, par. 2, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, art. 15, par. 2.

⁴³ V., *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 17 luglio 2014, ric. n. 47848/08, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*; Corte EDU, sentenza del 24 luglio 2014, ric. n. 60908/11,62110/11,62129/11,62312/11,62338/11, *Brincat and others v. Malta*; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 29 marzo 2006, n. 146, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 luglio 2006, n. 149, *Ximenes-Lopes v. Brazil*.

⁴⁴ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 6 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

due diligence in capo allo Stato, come espresso dall'art. 12 del Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. In base a tale articolo, infatti, gli Stati parti devono adottare misure atte ad «assicurare la piena attuazione di tale diritto»⁴⁵, comprese «la profilassi, la cura e il controllo delle malattie epidemiche, endemiche, professionali e d'altro genere»⁴⁶. Tutti gli obblighi ora presentati costituiscono quindi obblighi di *due diligence*, dovendo gli Stati adottare appropriate misure per assicurare il godimento di un diritto. Alla luce di quanto precedentemente scritto, la condotta delle autorità cinesi nel caso in analisi costituirebbe, se venisse confermata, una violazione di tale obbligo in relazione ai diritti menzionati.

5. Possibili conseguenze emergenti dalla commissione di un atto internazionalmente illecito

Dato che le presunte violazioni degli art. 2 e 6 RSI 2005 sarebbero state temporalmente limitate al periodo tra la fine del 2019 e l'inizio del 2020 il comportamento illecito sarebbe ora concluso. Pertanto, la possibilità per gli Stati di ricorrere a contromisure sarebbe da scartarsi, poiché, in base all'art. 49 del Progetto, queste hanno lo scopo di indurre lo Stato autore dell'illecito a conformarsi agli obblighi internazionali e quindi interrompere la condotta illecita. A tale proposito, occorre segnalare che il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, all'art. 22, prevede la possibilità di ricorrere a contromisure anche per le organizzazioni internazionali⁴⁷; in particolare, è possibile l'adozione di contromisure contro uno Stato parte per violazione di una regola dell'organizzazione, se le regole stesse prevedono contromisure. Stando a tale articolo, quindi, l'OMS potrebbe agire contro la Cina per violazione dell'art. 2 RSI 2005, inteso come «regola dell'organizzazione» *ex* art. 22. Tuttavia, è stata l'OMS stessa a evidenziare il particolare rapporto tra Stati membri e OMS, che vede i primi in una posizione privilegiata e la seconda dotata di deboli strumenti di pressione⁴⁸ (si

⁴⁵ V. Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966, art. 12, par. 2.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of international organizations, with commentaries*, in *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/66/10 del 12 agosto 2001, art. 22.

⁴⁸ Commissione del diritto internazionale, *Responsibility of international organizations, comments and observations received from international organizations*, UN Doc. A/7CN.4/609 del 13 marzo 2009.

pensi alla notifica⁴⁹, risalente alla primavera scorsa e ora ritirata⁵⁰, del ritiro degli USA dall'OMS, che seguiva il ritiro dei finanziamenti⁵¹), nonché il possibile effetto avverso agli obiettivi dell'OMS del ricorso a contromisure. Pare, quindi, difficile ipotizzare l'adozione di queste ultime⁵². Del resto, nella gestione della pandemia l'OMS ha dato prova della sua debole *leadership*, caratterizzata dalla ripetuta adozione di atti non vincolanti (come linee guida e codici di condotta) e da una scarsa capacità di coordinamento a fronte dell'adozione di incisive misure a livello nazionale⁵³. La possibilità di adozione di contromisure da parte dell'OMS nei confronti della Cina, sebbene prevista, si presenta quindi difficile. Oltre alle già citate problematiche logico-temporali dovute all'illecito concluso, la capacità dell'OMS di essere una guida a livello politico e normativo appare ancora debole.

Certamente, l'ipotesi giuridica qui presentata è da tenersi separata rispetto al profilo fattuale della vicenda. Peraltro, la prova del comportamento tenuto dalla Cina è cosa non scontata, in ragione delle particolari caratteristiche dell'obbligo di *due diligence* e della particolare situazione di incertezza dovuta alle scarse conoscenze scientifiche che circondava e in parte circonda ancor oggi il virus SARS-CoV-2 (come sapere della sua rapidità di contagio?). In tal caso, sorgerebbero però degli obblighi secondari in capo a questo Stato. La mancata comunicazione all'OMS del verificarsi di polmoniti da eziologia sconosciuta configurerebbe, a livello giuridico, una violazione di un obbligo stabilito dal RSI 2005; inoltre, la tardiva e imprecisa condivisione di informazioni rilevanti configurerebbe una violazione di obblighi di *due diligence*, connessi non solo agli obblighi stabiliti dal RSI 2005, ma anche al diritto alla vita e alla salute. A tale proposito, nel contesto della prevenzione di epidemie, è utile richiamare l'obbligo di offrire appropriate assicurazioni e garanzie di non ripetizione «se le circostanze lo richiedono»⁵⁴ ex art. 30 del Progetto. Questo obbligo appare particolarmente appropriato, considerando sia la possibilità che eventi epidemici si ripetano in futuro, sia la tendenza delle autorità cinesi a divulgare informazioni

⁴⁹ S. DUJARRIC, *Spokesman for the Secretary-General, Note to Correspondents in answer to questions regarding the World Health Organization* del 7 luglio 2020.

⁵⁰ J. BIDEN, *Letter to His Excellency António Guterres* del 20 gennaio 2021.

⁵¹ D. TRUMP, *Letter from President Donald Trump to Director-General of the World Health Organization Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus regarding U.S. suspension of WHO contributions* del 18 maggio 2020.

⁵² A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2016, p. 135 ss.

⁵³ P. ACCONCI, "Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) alla diffusione del COVID-19", *SIDIBlog*, 9 aprile 2020.

⁵⁴ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles*, cit., art. 30.

incomplete, tardive o errate. È infatti stato osservato un vero e proprio atteggiamento del Governo cinese, che nasce dalla visione della diffusione di informazioni in merito a epidemie all'interno del proprio territorio come una pubblica dichiarazione della propria, temporanea, debolezza, di cui gli altri Stati potrebbero approfittare⁵⁵. Pertanto, richiedere adeguate garanzie di rispetto delle disposizioni del RSI 2005 appare utile nel tentativo di scardinare una prassi di eccessiva e pericolosa segretezza in materia di condivisione di informazioni riguardanti eventi potenzialmente pericolosi per la salute pubblica a livello internazionale. Ciò appare tanto più opportuno considerando la riluttanza (rasente all'ostruzionismo) recentemente dimostrata dalle autorità cinesi nel concedere la possibilità a un nuovo team internazionale di esperti costituito dalla OMS di visitare Wuhan a fini di ricerca⁵⁶.

Peraltro, in base all'art. 48 del Progetto la prestazione di assicurazioni e garanzie può essere richiesta anche da Stati non lesi, in quanto gli obblighi violati – in questo caso, sarebbero di *due diligence* e notifica entro 24 ore – sono stabiliti per tutelare un interesse collettivo⁵⁷: la prevenzione di epidemie e la preservazione della salute. Si ricorda, a tale proposito, il Preambolo della Costituzione della OMS, che ne evidenzia il valore sovra-nazionale: «la salute di tutti i popoli è una condizione fondamentale della pace del mondo e della sicurezza»⁵⁸ e «i risultati raggiunti da ogni Stato nel miglioramento e nella protezione della salute sono preziosi per tutti»⁵⁹. Le disposizioni violate, quindi, stabiliscono obblighi nei confronti della comunità degli Stati, pertanto, come affermato dalla Corte internazionale di giustizia, «alla luce degli importanti diritti coinvolti, tutti gli Stati possono essere ritenuti portatori di un interesse giuridico alla protezione di questi ultimi»⁶⁰.

La possibilità di far valere questo obbligo anche da parte di Stati non lesi è particolarmente rilevante anche in considerazione della difficoltà pratica

⁵⁵ S. YOON, *Sovereign Dignity, Nationalism and the Health of a Nation: A Study of China's Response in Combat of Epidemics*, in *Studies in Ethnicity and Nationalism*, 2008, p. 80 ss.; M.A. STEVENSON, A.F. COOPER, *Overcoming Constraints of State Sovereignty: Global Health Governance in Asia*, in *Third World Quarterly*, 2009, p. 1379 ss.

⁵⁶ OMS, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19* del 5 gennaio 2021; J. ZAROCOSTAS, *WHO team begins COVID-19 origin investigation*, cit., p. 459.

⁵⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles*, cit., art. 48; G. GAIA, *The Concept of an Injured State*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds), *The Law of International Responsibility*, cit., p. 941 ss.; A. VAURS-CHAUMETTE, *The International Community as a Whole*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds), *The Law of International Responsibility*, cit., p. 1023 ss.

⁵⁸ Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, cit., preambolo.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ CIG, sentenza del 5 febbraio 1970, *Case concerning the Barcelona traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)*.

nell'individuare gli Stati lesi dall'illecito, qualora quest'ultimo venisse accertato. In base all'art. 42 del Progetto, infatti, uno Stato può essere considerato Stato leso qualora sia colpito «specialmente» dalla violazione di un obbligo dovuto a un gruppo di Stati⁶¹ (ed è questo il caso per quanto riguarda le presunte violazioni delle disposizioni del RSI 2005 da parte delle autorità cinesi). Il commentario al Progetto porta, come esempio di Stato «specialmente colpito», l'ipotesi di inquinamento di acque internazionali che colpisce in particolare uno o più Stati costieri⁶²; lo stesso commentario chiarisce che, per poter dichiarare uno Stato come particolarmente colpito, è necessaria una valutazione caso per caso, considerando l'oggetto e lo scopo dell'obbligo primario violato e avendo riguardo delle particolari circostanze, dato che l'articolo in parola non definisce la natura o l'estensione dell'impatto speciale previsto. Uno Stato, quindi, può ritenersi particolarmente colpito dall'illecito se interessato dalla violazione in una maniera tale da distinguerlo dalla generalità degli altri Stati a cui l'obbligo è dovuto. Tuttavia, la portata della locuzione «colpito specialmente» non è ulteriormente chiarita. Nel caso COVID-19, individuare quale Stato sia colpito specialmente dalle violazioni del RSI 2005 non è semplice: dato che si tratta di una pandemia, che ha pertanto colpito tutti gli Stati provocando vittime ovunque, si deve ricorrere a un criterio quantitativo, anziché qualitativo ponendo quindi l'attenzione sull'entità del danno piuttosto che sul tipo di danno, considerando quindi, per esempio, il numero di morti? In totale o rapportato al numero complessivo di abitanti? Oppure, si deve considerare il danno economico subito dallo Stato? In questo caso, come calcolare l'entità del danno dovuto esclusivamente all'illecito internazionale, non dovuto quindi alla condotta dello Stato leso? Quale elemento potrebbe quindi permettere di distinguere uno o più specifici Stati come «particolarmente colpiti»?

Qualora fossero individuati, gli Stati lesi potrebbero specificare la forma di riparazione richiesta. Esclusa la possibilità di *restitutio ad integrum*, rimangono soddisfazione e riparazione per equivalente, tenendo in considerazione come le misure di riparazione possano essere combinate tra loro.⁶³ La soddisfazione, tradizionalmente riparazione per danno morale, può senz'altro ritenersi opportuna; quanto alla riparazione per equivalente, deve essere ricordato che lo Stato autore dell'illecito è obbligato alla riparazione del solo pregiudizio causato dall'illecito internazionale, *ex art. 31 par. 1 del*

⁶¹ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles*, cit., art. 42.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles*, cit., art. 34; Y. KERBRAT, *Interaction between the Forms of Reparation*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds), *The Law of International Responsibility*, cit., p. 573 ss.

Progetto. Di conseguenza, eventuali pregiudizi sorti al di fuori dell'illecito non sono oggetto dell'obbligo di riparazione in capo allo Stato autore dell'illecito. Nell'applicare queste disposizioni alla pandemia di COVID-19 occorre quindi determinare quali pregiudizi siano stati direttamente causati dall'illecito tenuto dalle autorità cinesi e quali invece siano da ricondursi ad altra causa, per esempio alla condotta degli stessi Stati lesi⁶⁴. La commissione di un illecito, infatti, impone alla parte lesa un obbligo minimo di non aggravare il pregiudizio causato dall'illecito attraverso condotte troppo passive o troppo aggressive; il comportamento tenuto dalla parte lesa non deve quindi essere doloso o negligente, come esplicitamente previsto dall'art. 39 del Progetto⁶⁵. Applicando ciò al caso COVID-19, la condotta negligente delle autorità cinesi e la tarda notifica *ex art. 6 RSI 2005*, qualora verificate, costituirebbero delle violazioni di obblighi internazionali; l'impatto avuto dal COVID-19 al di fuori della Cina è però stato causato unicamente da queste violazioni? A tale proposito, si rimanda, per quanto riguarda l'esperienza italiana, all'indagine in corso presso la Procura di Bergamo relativa alla mancata chiusura del Pronto Soccorso dell'ospedale di Alzano e alla mancata istituzione di una zona rossa a Bergamo tra la fine di febbraio e l'inizio di marzo, alle molteplici inchieste riguardanti la gestione delle RSA. Le ipotesi di reato avanzate, in particolare omicidio colposo ed epidemia colposa, sono basate su una presunta condotta negligente delle autorità italiane (con un rimpallo di responsabilità tra Regione e Governo): se fosse stata tempestivamente istituita una zona rossa con conseguente *lockdown*, se le RSA non avessero accolto pazienti contagiati dal virus SARS-CoV-2, si sarebbe potuto evitare un così rapido contagio. La negligente gestione italiana della pandemia non è irrilevante sotto il profilo della responsabilità internazionale degli Stati per fatto illecito. Il calcolo della riparazione dovuta dalla Cina dovrà comprendere, infatti, non solo una valutazione del comportamento tenuto dalle autorità cinesi e del pregiudizio sofferto dagli Stati lesi, ma anche una valutazione del comportamento tenuto da questi ultimi, in modo da individuare il pregiudizio dovuto in riparazione perché direttamente causato dall'atto illecito. Alla difficile verifica della liceità di una condotta in relazione a un obbligo internazionale di *due diligence*, complessa in ragione della flessibilità di questo tipo di obbligo, si aggiunge quindi l'altrettanto complicata verifica della diligenza della condotta tenuta dallo Stato leso.

⁶⁴ A. MOUTIER-LOPET, *Contribution to the Injury*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, K. PARLETT (eds), *The Law of International Responsibility*, cit., p. 639 ss.

⁶⁵ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles*, cit., art. 39.

6. Conclusioni

Non è questa la sede per indagare se il virus SARS-CoV-2 avrebbe potuto essere contenuto efficacemente, se la Cina avesse agito diversamente. Non è questa la sede neppure per analizzare, sotto un profilo più spiccatamente politico, se la scarsa trasparenza da parte dello Stato cinese sia stata dettata dalla preoccupazione di essere isolato a causa di misure adottate da altri Governi, ispirate più alla tutela del proprio Stato che al principio di cooperazione globale in ambito sanitario, né per analizzare se, in Cina come negli altri Stati, la gestione della pandemia avrebbe potuto essere più accorta, limitando così il numero di morti. Questa è piuttosto la sede per rilevare, avendo riguardo alle norme del RSI 2005 e alle norme del Progetto, delle ipotesi di responsabilità statale per atto internazionalmente illecito, nonché evidenziare le difficoltà nella prova delle stesse e le loro possibili conseguenze, non solo per la difficoltà nel trovare informazioni certamente corrette in una nuvola di fumo e titoli sensazionalistici più o meno corrispondenti al vero, ma anche per la difficoltà nell'individuare i corretti rapporti tra causa ed effetto considerando i comportamenti delle autorità cinesi e degli altri Stati. Alla luce della crescente facilità e rapidità negli spostamenti internazionali, parrebbe tuttavia quantomeno opportuno richiedere garanzie di non ripetizione, per favorire così la realizzazione degli obiettivi di prevenzione e protezione dalle malattie fissati nel RSI 2005 e nella Costituzione dell'OMS.

Italia e COVID-19: questioni scelte nell'ottica dell'*International Disaster Law*

GIULIO BARTOLINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prevenzione/preparazione rispetto alle pandemie. – 2.1. Alcuni spunti in materia in connessione alla normativa sui diritti umani. – 3. Su un presunto obbligo di assistenza verso l'Italia. – 4. L'impiego di medici stranieri in Italia. – 5. Il personale militare di soccorso della Russia. – 6. Una chiosa finale.

ABSTRACT: Il presente contributo analizza alcune tematiche che, nelle prime fasi dell'epidemia COVID-19, hanno attirato, rispetto al contesto italiano, una particolare attenzione da parte dell'opinione pubblica e della stampa. In particolare, l'analisi, utilizzando come parametro di riferimento gli strumenti di *International Disaster Law*, si sofferma: (a) sulle misure di preparazione e prevenzione che potevano attendersi rispetto alla pandemia; (b) e sul presunto dovere di assistenza verso l'Italia; (c) sull'impiego di medici stranieri nell'emergenza e (d) sulle polemiche connesse all'invio di personale militare di soccorso da parte della Russia.

PAROLE CHIAVE: Regolamenti sanitari internazionali – diritto internazionale dei disastri – diritti umani – OMS – COVID-19 – assistenza umanitaria.

1. Introduzione

La crisi innescata dal COVID-19 ha confermato come i disastri¹ rappresentino una delle principali problematiche per la Comunità internazionale, sollevando molteplici interrogativi anche di tipo giuridico. Alcuni aspetti, specificatamente connessi al contesto italiano, possono essere qui discussi, secondo un'agenda eterogenea connessa alle questioni che hanno maggiormente attirato l'attenzione dell'opinione pubblica e della stampa. In questo primo post ci soffermeremo: (a) sulle misure di preparazione e prevenzione che potevano attendersi rispetto alla pandemia; (b) e sul presunto dovere di assistenza verso l'Italia. Successivamente l'attenzione verterà (c) sull'impiego

* Professore associato di Diritto internazionale, Università Roma Tre, giulio.bartolini@uniroma3.it.

¹ Sul soddisfacimento dei criteri utilizzati nelle definizioni giuridiche di disastro relativamente a questo contesto vedi: "COVID-19: Just Disastrous or the Disaster Itself? Applying the ILC Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters to the COVID-19 Outbreak", *ASIL Insights*, 24 aprile 2020. In generale vedi G. BARTOLINI, *A Taxonomy of Disasters in International Law*, in F. ZORZI GIUSTINIANI, E. SOMMARIO, F. CASOLARI, G. BARTOLINI (eds), *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Londra, 2018, p. 10 ss.

di medici stranieri nell'emergenza e (d) sulle polemiche connesse all'invio di personale militare di soccorso da parte della Russia.

Rispetto a queste problematiche inerenti all'Italia si possono offrire alcuni spunti di riflessione anche alla luce degli strumenti connessi al c.d. *International Disaster Law* (d'ora in avanti IDL)², specie in considerazione della stretta interrelazione che questo settore richiede fra input internazionali ed europei e misure da adottarsi a livello nazionale di vario tipo (istituzionali, normative ed operative), per prevenire, mitigare e rispondere a situazioni di disastro.

2. La prevenzione/preparazione rispetto alle pandemie

Nonostante che, in caso di disastro, l'attenzione sia usualmente posta rispetto ai problemi che sorgono una volta che l'evento calamitoso si è manifestato, non va dimenticato che, nell'ambito dell'IDL, una pari attenzione è ormai rivolta alle misure che gli Stati devono prendere per prevenire e prepararsi rispetto ai rischi idonei a causare disastri³. In questo contesto, quale contraltare rispetto alla valutazione delle azioni adottate dall'Italia rispetto al rischio di pandemie, diversi input internazionali possono intrecciarsi, dai Regolamenti sanitari internazionali (anche IHR) dell'OMS agli obblighi sui diritti umani.

Sebbene nelle attuali analisi sui Regolamenti sanitari internazionali e il COVID-19 l'attenzione sia stata principalmente posta relativamente agli obblighi di notifica o verso le misure raccomandate dall'OMS, si può ricordare che questo strumento, nella sua più recente versione del 2005, prevede anche degli obblighi relativi a misure di carattere strutturale, previste agli art. 5 e 13 secondo cui (art. 5) «[e]ach State Party shall develop, strengthen and maintain, as soon as possible but no later than five years from the entry into force of these Regulations for that State Party... the capacity to detect, assess, notify and report events in accordance with these Regulations, as specified in Annex 1» e (art. 13) «the capacity to respond promptly and effectively to public health risks and public health emergencies of international concern as set out in Annex 1», norma che altresì prevede come «WHO

² Su questo ambito di ricerca vedi, ad esempio: A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI (eds), *International Disaster Response Law*, Springer, 2012; S. BREAU, K. SAMUEL (eds), *Research Handbook on Disasters and International Law*, Cheltenham, 2016; e, in generale, *Yearbook of International Disaster Law*.

³ In generale vedi K. SAMUEL, M. ARONSSON-STORRIER, K. BOOKMILLER (eds), *The Cambridge Handbook of Disaster Risk Reduction and International Law*, Cambridge, 2019.

shall publish, in consultation with Member States, guidelines to support States Parties in the development of public health response capacities»⁴. Il periodo previsto per la realizzazione di queste misure, dopo l'iniziale possibilità di dilazionare ulteriormente il soddisfacimento di questi requisiti, è terminato nel 2016.

L'Annesso 1 ai Regolamenti sanitari internazionali, relativo a «Core Capacity Requirements for Surveillance and Response» indica quindi alcune capacità di salute pubblica, da realizzarsi a vari livelli di intervento (locale, intermedio, nazionale), volte ad esempio a richiedere la possibilità di: identificare e valutare potenziali minacce alla salute rilevanti per i Regolamenti sanitari internazionali, anche tramite idonee strutture di monitoraggio; notificare e monitorare questi eventi, garantendo il coordinamento tra OMS e gli obbligatori «National IHR Focal Points»; e, infine, rispondere a questi eventi sulla base delle misure preparatorie indicate come, ad esempio, la necessità, «to establish, operate and maintain a national public health emergency response plan»; «to provide support through specialized staff, laboratory analysis of samples...and logistical assistance (e.g. equipment, supplies and transport)»; «to determine rapidly the control measures required to prevent domestic and international spread».

Queste norme, specie per l'art. 13, sono largamente innovative⁵ rispetto ai pregressi Regolamenti sanitari internazionali del 1969 che prevedevano capacità organizzative di salute pubblica focalizzate rispetto ai c.d. punti di ingresso, quali porti e aeroporti (ora comunque confermate nell'Annex 2 su «Core Capacity Requirements for Designated Airports, Ports and Ground Crossings»). La loro *ratio* risiede nell'ovvia constatazione, comune nell'IDL, che l'azione preventiva e di preparazione ad eventi calamitosi sia fondamentale per mitigarne gli effetti, con positive ricadute non solo verso i soggetti tutelati, ma anche di tipo economico. La realizzazione delle misure previste agli art. 5 e 13 dei Regolamenti sanitari internazionali, e dettagliate nell'Annesso 1, presenta tuttavia alcune criticità, derivanti anche dal contenuto di queste previsioni normative e dall'approccio assunto relativamente alla loro implementazione, con ridotti strumenti affidati all'OMS per monitorare e valutare le azioni adottate dagli Stati rispetto alle misure di preparazione richieste.

⁴ Per un'analisi sul tema vedi G. BARTOLINI, *The Failure of 'Core Capacities' under the WHO International Health Regulations*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2021, p. 233 ss.

⁵ S. NEGRI, *Communicable Disease Control*, in B. TOEBES, G.L. BURCI (eds), *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham, p. 274.

Relativamente alle misure da intraprendersi, fin dalle prime analisi, non si era mancato di osservare che, nonostante alcune similitudini, «[t]he surveillance and response capacity obligations in the new IHR are more demanding than those found in the ICESCR's right to health», dato che, alla scadenza del periodo ipotizzabile, era richiesto agli Stati di disporre dei «Core Capacity Requirements» di cui all'Annesso 1, senza la previsione di un principio di realizzazione progressiva.⁶ Inoltre, se l'Annesso 1 si limitava in sostanza a definire le aree di intervento e le misure attese dagli Stati, difettando però di parametri quantitativi e qualitativi rispetto alle caratteristiche che queste dovrebbero assumere, un parziale ruolo integrativo poteva essere riconosciuto alle Linee guida dell'OMS volte, come anticipato all'art. 13, a svolgere una funzione di accompagnamento per gli Stati nella realizzazione di queste misure e per dare maggiore contenuto ad esse.

Nel tempo alcuni strumenti sono stati realizzati la *Checklist and indicators for monitoring progress in the development of IHR core capacities in States Parties*⁷. Mentre nella Checklist la *Core Capacity 3* è dedicata alle misure di sorveglianza, la *Core Capacity 5* attiene alla *Preparedness*. In essa si dettagliano in modo più approfondito le misure idonee a soddisfare le «core capacities», rappresentate non solo dai «public health emergency response plans», ma altresì, ad esempio, dall'esistenza di «surge capacity», ovvero «the ability of the health system to expand beyond normal operations to meet a sudden increased demand», relativamente a posti letto, disponibilità di personale ed equipaggiamenti e materiali necessari, «the identification of available resources, the development of appropriate national stockpiles of resources and the capacity to support operations» durante una «public health emergency», mentre le sezioni 7 e 8 sono dedicate al personale e ai laboratori. Ovviamente, come ribadito nello stesso documento,⁸ nonostante il legame con l'art. 13, la *Checklist* è un testo non vincolante. Sebbene questo strumento possa avere un ruolo di ausilio resta quindi complesso definire puntualmente le caratteristiche e i livelli attesi delle misure che gli Stati sono chiamati a porre in essere per adempiere agli obblighi definiti agli articoli 5 e 13 dei Regolamenti sanitari internazionali. È abbastanza evidente che l'effettiva capacità di soddisfare i risultati prefissi nelle due disposizioni dipende in ultima analisi dalle complessive capacità di sanità pubblica degli Stati, con l'ulteriore difficoltà connessa al fatto che «[t]he IHR lack detailed strategies

⁶ D. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 373.

⁷ OMS, *Checklist and indicators for monitoring progress in the development of IHR core capacities in States Parties*, WHO/HSE/GCR/2013.2, 2013.

⁸ *Ivi*, p. 10.

for capacity building»⁹, senza imporre misure di sostegno per gli altri Stati. Questi elementi di debolezza del sistema, connessi alle strutturali differenze fra Stati, appaiono riflettersi anche nei meccanismi di controllo esistenti che risultano piuttosto blandi.

Va infatti considerato che, sulla scorta dell'art. 54 dei Regolamenti sanitari internazionali, il sistema di supervisione risulta incentrato sull'obbligo di fornire un rapporto, previsto a cadenza annuale con la risoluzione 61.2 (2008) della World Health Assembly (WHA), sull'implementazione delle stesse. Nell'attuale versione il rapporto annuale prevede un'analisi basata su 13 indicatori, attinenti ad aree come risorse umane, laboratori o quadro normativo e finanziario, rispetto ai quali ogni Stato è tenuto a fare un'autovalutazione relativamente a cinque possibili livelli di performance.¹⁰ Le valutazioni richieste dallo Stato attengono tuttavia ad aspetti in molti casi di tipo formale, con pochi parametri di riferimento. Ad esempio, relativamente, all'indicatore C8, relativo al «National Health Emergency Framework» la sezione 3, dedicata alla «Emergency Resource Mobilization» e quindi attinente alla presenza di «Human (experts), financial, logistics (medical countermeasures, stockpiles), and health facilities (beds, equipments, etc.)», assegna il massimo punteggio allo Stato che auto-attegi come «Resource mapping and mobilization mechanisms are regularly tested and updated».

Le performance indicate dagli Stati sono comunque pubbliche e, ad esempio, sulla base dell'ultimo rapporto fornito dall'Italia nel 2018, questi valori risultavano usualmente superiori alla media globale e regionale¹¹. Va difatti considerato che, complessivamente, sussistono gravi carenze nelle capacità di preparazione degli Stati, dato che, sempre sulla base dei rapporti del 2018, circa 2/3 degli Stati presentano carenti o modesti livelli di preparazione, attestandosi su auto-valutazioni complessive per valori compresi dal livello 1 al 3¹².

Il tema della scarsa preparazione degli Stati, ripetutamente segnalato da autorevoli fonti come la *Global Health Crises Task Force* creata dal Segretario-Generale delle Nazioni Unite nel 2016¹³, ha quindi condotto negli anni più recenti ad una prima riflessione anche relativamente al monitoraggio dell'implementazione di questi obblighi da parte degli Stati, dato lo stretto

⁹ L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, Harvard, 2014, p. 188

¹⁰ OMS, *State Party Self-Assessment Annual Reporting Tool*, WHO/WHE/CPI/2018.16, 2018.

¹¹ OMS, *State Party Annual Reports*, 2018, www.extranet.who.int.

¹² OMS, *Thematic Paper on the Status of Country Preparedness Capacities*, 2019.

¹³ Assemblea generale, *Protecting Humanity from Future Health Crises. Report of the High-level Panel on the Global Response to Health Crises*, UN Doc A/70/723 del 9 febbraio 2016.

legame fra i due aspetti. Come indicato in dottrina¹⁴ e, ugualmente, più volte emerso nello stesso ambito dell’OMS¹⁵ si è palesata la necessità di integrare il sistema di auto-valutazione con nuovi strumenti tecnici opzionali (risoluzione 68.5 della WHA, 2015), compresi nell’attuale «IHR Monitoring and Evaluation Framework». Di conseguenza, accanto al meccanismo dei rapporti annuali obbligatori, sono stati progressivamente sviluppati tre nuovi strumenti per facilitare una valutazione, talora anche esterna, volta ad identificare gli aspetti maggiormente critici del sistema nazionale rispetto alla preparazione verso questi eventi. In particolare, dal 2016, è stato realizzato un programma volontario di revisione, il *Joint External Evaluation*. L’Italia non ha però utilizzato questo meccanismo di valutazione, a differenza di altri 112 Stati, compresi Paesi europei come il Belgio, Germania o Svizzera, così da non potere qui disporre di una puntuale fonte di confronto. Ugualmente l’OMS ha favorito lo sviluppo di strumenti quali modelli di esercitazioni (128 condotte finora, nessuna coinvolgente l’Italia) o le *guidance for after Reaction Review* (62 condotte finora, nessuna coinvolgente l’Italia), che possono essere utilizzati dagli Stati, auspicabilmente anche con il coinvolgimento di esperti esterni.

L’attenzione verso questo tema è divenuta quindi una costante negli ultimi anni, come riscontrabile con l’adozione nel 2018, tramite la decisione 71(15) della WHA, del *Five-year Global Strategic Plan to Improve Public Health Preparedness and Response, 2018–2023*, volto a confermare la validità degli strumenti sviluppati e facilitare il supporto del Segretariato dell’OMS verso gli Stati nell’utilizzo di questi meccanismi. Sebbene questo documento risulti piuttosto generico, alcuni osservatori non hanno mancato di rilevare come nella sua stesura finale i riferimenti alla valenza dei meccanismi esterni di revisione siano stati limitati, in ragione delle perduranti preferenze degli Stati verso meccanismi di auto-valutazione¹⁶. Ugualmente la rilevanza del tema emerge anche dalla creazione nel 2018 del Global Preparedness Monitoring Board, organismo indipendente, sostenuto dall’OMS e dalla Banca Mondiale, al fine di svolgere attività di *advocacy* su questo tema, e, soprattutto, dalla prospettata risoluzione della WHA, per la prima volta dedicata

¹⁴ L. GOSTIN, R. KATZ, *The International Health Regulations: The Governing Framework for Global Health Security*, in *The Milbank Quarterly*, 2016, p. 278.

¹⁵ OMS, *Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) in relation to Pandemic (H1N1) 2009*, A64/10 del 5 maggio 2010, pp. 12-13; *Report of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations (2005) in the Ebola Outbreak and Response*, A69/21 del 13 maggio 2016, pp. 18-27.

¹⁶ G. L. BURCI, J. QUIRIN, “Implementation of the International Health Regulations (2005): Recent Developments at the World Health Organization”, *ASIL Insight*, 25 settembre 2018.

specificatamente a questo ambito, relativa a Strengthening preparedness for health emergencies: implementation of the International Health Regulations (2005) dove si sarebbe richiesto agli Stati, ad esempio, «to take actions to implement the unmet obligations thereof, and to continue to build core capacities» e «to prioritize at the highest political level the improvement of, and coordination for, health emergency preparedness»¹⁷. Tuttavia, la situazione contingente, che ha comportato di tenere la settantatreesima sessione della WHA solo virtualmente, ha determinato la necessità di posticipare l'esame di questa risoluzione.

I Regolamenti sanitari internazionali, quindi, pur prevedendo obblighi relativi ad alcune misure preventive, scontano una serie di difficoltà nell'incidere significativamente sulle «core capacities» e sulle conseguenti misure strutturali per gli Stati. Al tempo stesso l'inserimento di questa ulteriore prospettiva nei Regolamenti sanitari internazionali ha comunque avuto alcuni pregi. Da un lato ha permesso di allineare questo settore alla più generale agenda internazionale dell'IDL, volta a richiedere agli Stati azioni in materia di preparazione e riduzione del rischio di disastro, improntate però, nel sistema Nazioni Unite, con il Sendai Framework for Disaster Risk Reduction, ad un'ottica di *soft law*. Dall'altro queste previsioni permettono di enfatizzare la rilevanza di questo ambito di intervento per gli Stati, anche se poi, specie in carenza di un significativo sistema di monitoraggio, vi è il rischio che un'adeguata realizzazione delle misure rilevanti risulti infine carente e, talora, più di tipo formale che sostanziale, anche per Stati con maggiori capacità.

Si pensi, ad esempio, alle odierne polemiche nel Regno Unito connesse al mancato seguito dato alle raccomandazioni sulle carenze evidenziate nel 2017 relativamente ad una simulazione di pandemia influenzale¹⁸ o, per l'Italia, al piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale, predisposto nel 2006 nell'ambito della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome. In questo strumento, direttamente connesso a quanto richiesto dai Regolamenti sanitari internazionali, si dettagliavano complesse misure preparatorie, ormai divenute familiari nei loro termini anche al grande pubblico, la cui realizzazione era allocata alle varie autorità nazionali e regionali, come le richieste di: «Costituire il Comitato Nazionale per la Pandemia», prima del suo verificarsi;

¹⁷ Organizzazione mondiale della sanità, *Strengthening Preparedness for Health Emergencies; Implementation of International Health Regulations (IHR, 2005)*, EB146/CONF./17 dell'8 febbraio 2020.

¹⁸ «Revealed: the secret report that gave ministers warning of care home coronavirus crisis», *The Guardian*, 7 maggio 2020.

«Costituire, previo censimento dell'esistente, una riserva nazionale» di dispositivi di protezione individuale e altri supporti tecnici «per un rapido impiego nella prima fase emergenziale, e, contestualmente, definire le modalità di approvvigionamento a livello locale/regionale nelle fasi immediatamente successive»; «Definire misure di potenziamento dell'assistenza medica in comunità residenziali»; «Censire la disponibilità ordinaria e straordinaria di strutture di ricovero e cura, strutture socio-sanitarie e socio-assistenziali, operatori di assistenza primaria»; «Sviluppare piani gestionali, armonizzati con la pianificazione nazionale, per le risorse e per i lavoratori addetti ai servizi essenziali durante la pandemia», ecc.

Non stupisce quindi come il suo mancato aggiornamento e, soprattutto, l'apparente scarsa attuazione datane nel passato abbia poi trovato una certa eco una volta che l'Italia è stata investita dalla pandemia¹⁹, rappresentando anche una delle basi sulle quali si incentrano i crescenti esposti alla magistratura.

2.1. Alcuni spunti in materia in connessione alla normativa dei diritti umani

Se il sistema OMS fornisce dei primi riscontri in materia di misure preventive, occorrerebbe però valutare anche il possibile rilievo degli obblighi sui diritti umani. Dato che, come poi accennato, alcuni ipotetici scenari potenzialmente rilevanti per il caso italiano risulterebbero astrattamente collegabili agli obblighi di natura positiva connessi al diritto alla vita, ci soffermeremo qui solo su questa ipotesi. Prendendo come parametro la prassi della Corte EDU relativamente all'art. 2 della CEDU è noto come essa abbia identificato una serie di obblighi positivi volti ad imporre: misure di tipo strutturale, come la sussistenza di un apparato normativo e amministrativo funzionale a prevenire violazioni, rilevante anche rispetto all'ambito sanitario²⁰; oppure di tipo operativo, paramtrate rispetto alla situazione concreta in esame e valutate in un'ottica di *due diligence*; oltre ad obblighi procedurali di investigazione e repressione, rilevanti anche in ambito sanitario²¹.

¹⁹ A. PALLADINO, "Coronavirus, linee guida vecchie e fondi spesi male. Così il piano pandemico dell'Italia è andato in tilt", *La Stampa*, 29 marzo 2020.

²⁰ Corte EDU, sentenza del 1° dicembre 2009, ric. 43134/05, *G.N. e altri c. Italia*, par. 80; Corte EDU, sentenza del 19 dicembre 2017, ric. 56080/13, *Lopes De Sousa Fernandes c. Portogallo*, par. 186.

²¹ Corte EDU, sentenza 9 aprile 2009, ric. 71463/01, *Šilib c. Slovenia*, par. 192.

Questi obblighi, anche rispetto a situazioni di disastro, trovano un crescente interesse non solo in dottrina²², ma soprattutto nella prassi degli organismi di controllo, come richiamato nel recente *General Comment No. 36* del Comitato dei diritti umani sull'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici, dove si indica che «States parties should also develop, when necessary, contingency plans and disaster management plans designed to increase preparedness and address natural and man-made disasters, which may adversely affect enjoyment of the right to life»²³. Queste indicazioni generali si aggiungono alla pregressa prassi della Corte EDU che, nell'ambito di una casistica ancora piuttosto limitata²⁴, ha constatato la violazione degli obblighi positivi di cui all'art. 2 in carenza di adeguate misure di prevenzione e preparazione rispetto ad eventi calamitosi. In questi casi si trattava di ponderazioni effettuate sulla scorta di un esame puntuale dei casi in esame, che rilevavano, ad esempio, carenze sistemiche come l'assenza di meccanismi di *early warning*, la conoscenza del rischio da parte delle autorità statali e la successiva inazione, la mancanza di misure di mitigazione del rischio, la carenza di indagini sugli eventi contestati, ecc.

Rispetto al contesto italiano, in via totalmente ipotetica, si potrebbe considerare che alcune vicende delle ultime settimane potrebbero, *pro futuro*, essere eventualmente oggetto di sindacato anche a Strasburgo, ove si ritengano esperiti i ricorsi interni. In questo contesto, i possibili scenari astrattamente sottoponibili alla Corte sembrerebbero maggiormente collegarsi a due ipotesi: il decesso di personale sanitario e di supporto che ha operato in carenza dei dispositivi di protezione individuale, situazione che ha avuto un riflesso negativo sugli stessi assistiti, come riscontrato in specie nelle residenze sanitarie assistenziali; ovvero i decessi eventualmente ricollegabili alle difficoltà riscontrate nel garantire ai malati di COVID-19 particolari trattamenti, come l'accesso alle terapie intensive o adeguate forme di assistenza connesse alle deficienze respiratorie.

Si tratta, ovviamente, di situazioni difformi e non sovrapponibili, ma è evidente, per brevità, che alcuni obblighi positivi connessi al diritto alla vita potrebbero essere valutati nell'ottica di obblighi di risultato, inerenti all'apparato sanitario nel suo complesso, mentre altri aspetti integrano un'ottica

²² F. ZORZI GIUSTINIANI, E. SOMMARIO, F. CASOLARI, G. BARTOLINI (eds), *Routledge Handbook*, cit.

²³ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

²⁴ Vedi ad esempio Corte EDU, sentenza del 20 marzo 2008, ric., 15339/02, *Budayeva e altri c. Russia*.

di *due diligence*²⁵. Difatti anche la presenza di un apparato amministrativo/istituzionale/sanitario va poi parametrata a valutazioni sull'effettivo funzionamento ed adeguatezza nel caso concreto e dinanzi ad un «real and immediate risk»²⁶. È ovvio che, rispetto alla casistica finora sviluppata dalla Corte EDU, saremmo dinanzi ad un unicum, rispetto al quale si possono richiamare solo alcuni generali principi.

Alcuni elementi potrebbero avere rilievo per ridurre la portata degli obblighi gravanti sull'Italia, come ad esempio: la valutazione che, normalmente, «the States' substantive positive obligations relating to medical treatment are limited to a duty to regulate, that is to say, a duty to put in place an effective regulatory framework compelling hospitals, whether private or public, to adopt appropriate measures for the protection of patients»²⁷; l'usuale riconoscimento di un ampio margine di discrezionalità per gli Stati nelle scelte operative, onde evitare di richiedere misure che impongano un «impossible or disproportionate burden»²⁸, specie in presenza di «difficult social and technical spheres»²⁹; la circostanza che il COVID-19 rappresentava un rischio di tipo biologico, aspetto che potrebbe avere rilievo ove la Corte voglia confermare alcune sue generali osservazioni su una possibile distinzione, quanto a misure preventive, fra disastri derivanti da rischi di origine naturale oppure antropica, come quelli di natura tecnologica che invece innalzerebbero il livello delle misure preparatorie richieste agli Stati³⁰; le ridotte conoscenze scientifiche, specie nella prima fase quando l'Italia è stata investita; oltre alle usuali considerazioni circa la sussistenza di un margine di apprezzamento quanto all'allocazione di fondi pubblici nel settore sanitario³¹.

Questi elementi potrebbero però essere valutati assieme ad altri. Si pensi alla comune conoscenza nella comunità scientifica e istituzionale che un rischio pandemico era presente, come più volte richiamato³², poi puntualmente realizzatosi in Cina nelle settimane antecedenti al suo dirompente

²⁵ R. PISILLO-MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violations des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, 2009, p. 442.

²⁶ Corte EDU, sentenza del 28 ottobre 1998, ric. 87/1997/871/1083, *Osman c. Regno Unito*, par. 115.

²⁷ Corte EDU, *Lopes De Soursa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 186.

²⁸ Corte EDU, *Osman c. Regno Unito*, cit., par. 116.

²⁹ Corte EDU, sentenza del 30 novembre 2004, ric., 48939/99, *Oneryildiz c. Turchia*, par. 117; *Budayev c. Russia*, cit., par. 135.

³⁰ Corte EDU, *Budayeva c. Russia*, cit., par. 135.

³¹ Corte EDU, *Lopes De Soursa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 175; Corte EDU, decisione del 15 maggio 2012, ric. 42290/08, *Wiater c. Polonia*, par. 39.

³² Global Preparedness Monitoring Board, *A World in Disorder*, Geneva, 2020.

effetto in Italia. Ugualmente si possono richiamare le considerazioni svolte dalla Corte in alcuni casi in cui, pur riconoscendo, come indicato, che le misure strutturali richieste agli Stati siano piuttosto limitate e difficilmente contestabili, prevede la possibilità di un eccezionale sindacato in presenza di «a systemic or structural dysfunction in hospital services ... and the authorities knew about or ought to have known about that risk and failed to undertake the necessary measures to prevent that risk from materialising»³³. In astratto questa ipotesi potrebbe rilevare ove, ad esempio, si concludesse che le attività preparatorie hanno evidenziato carenze strutturali rispetto ad alcune misure, come nel caso dell'indisponibilità dei meccanismi di protezione individuale, che dovevano invece considerarsi ormai come minimali, anche alla luce delle indicazioni e degli standard internazionali forniti dall'OMS e sostanzialmente ripresi a livello nazionale nel predetto piano nazionale di preparazione e risposta ad una pandemia influenzale. Infine, non si potrebbe escludere un sindacato rispetto ad eventuali scelte operative che potevano integrare profili di negligenza nelle scelte delle autorità regionali e nazionali o degli operatori coinvolti. È tuttavia evidente come qualsiasi valutazione sia ad ora prematura.

3. Su un presunto obbligo di assistenza verso l'Italia

Nel dibattito, specie politico, non sono mancate affermazioni volte a sottolineare l'esigenza di un'assistenza verso l'Italia da parte degli altri Stati o dell'Unione europea in connessione all'emergenza COVID-19.

Queste affermazioni si scontrano tuttavia con il dato giuridico, rispetto al quale è difficile ammettere l'esistenza di un simile obbligo nel diritto internazionale. Sebbene questa tesi risulti principalmente collegata alla prassi del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, secondo cui l'interpretazione dell'art. 2.1 del Patto determinerebbe che «in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, international co-operation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States. It is particularly incumbent upon those States which are in a position to assist others

³³ Corte EDU, *Lopes De Soursa Fernandes c. Portogallo*, cit., par. 192.

in this regard»³⁴, questa soluzione, come già richiamato³⁵, è stata criticata dagli Stati³⁶.

Ugualmente, prima dell'emergenza COVID-19, basterebbe rifarsi ai recenti lavori della Commissione di diritto internazionale (CDI) su Protection of Persons in the Event of Disasters³⁷. In tale contesto particolarmente dibattuta fu la redazione dell'art. 7 del Progetto, che prevede come «[i]n the application of the present draft articles, States shall, as appropriate, cooperate among themselves, with the United Nations, with the components of the Red Cross and Red Crescent Movement, and with other assisting actors». Questa norma, volta a rimarcare il principio di solidarietà che è uno dei principi informativi del Progetto, fu oggetto di particolare attenzione da parte degli Stati, con alcuni di essi che ne richiesero l'eliminazione o la riformulazione in termini non prescrittivi, oltre a sottolineare l'assenza di un obbligo di assistenza³⁸. Conseguentemente, il Commentario, anche in relazione ad altre norme connesse, è attento a rimarcare come il Progetto «is not intended to create additional legal obligations for either the affected States or other assisting actors»³⁹ e che non sussiste «a legal duty to assist»⁴⁰ per i potenziali «assisting actors», neanche nel caso in cui specifiche richieste siano ad essi indirizzate. Per questi motivi si è previsto nel Progetto unicamente un possibile obbligo procedurale per gli «assisting actors» di «expeditiously give due consideration to the request and inform the affected State of its reply» (art. 12.2), onde creare una minima pressione diplomatica a loro carico.

L'emergenza COVID-19 non sembra, al momento, permettere di registrare significativi orientamenti della prassi verso l'affermazione di un obbligo internazionale di assistenza. Si pensi, ad esempio, alla puntuale

³⁴ Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, UN Doc. E/1991/23 del 14 dicembre 1990, par. 14.

³⁵ R.M. ESSAWY, "The Legal Duty to Cooperate amid COVID-19: A Missed Opportunity?", *EJIL:Talk!*, 22 aprile 2020.

³⁶ Vedi le dichiarazioni di Canada, Portogallo e Regno Unito in Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its second session*, UN Doc. E/CN.4/2005/52 del 10 febbraio 2005, par. 76.

³⁷ Sul Progetto vedi G. BARTOLINI, *A Universal Treaty for Disasters? Remarks on the International Law Commission's Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters*, in *International Review of the Red Cross*, 2017, p. 1103 ss.

³⁸ Commissione di diritto internazionale, *Eight Report on the protection of persons in the event of disaster*, UN Doc. A/CN.4/697 del 17 marzo 2016, par. 142-157.

³⁹ Commissione di diritto internazionale, *Report on the work of the sixty-eighth session*, UN Doc. A/71/10 del 2016, p. 42, par. 5.

⁴⁰ Ivi, p. 57, par. 2.

attivazione a fine febbraio, da parte dell'Italia, del Meccanismo unionale di protezione civile (Meccanismo), tramite l'Emergency Response Coordination Centre, per richiedere agli altri Stati partecipanti dispositivi di protezione individuale. La richiesta non venne evasa,⁴¹ suscitando le aspre critiche anche del nostro Ambasciatore presso l'UE, Maurizio Massari,⁴² che, tuttavia, correttamente, non è potuto andare oltre ad una dialettica diplomatica, dato che neanche negli strumenti giuridici che disciplinano il Meccanismo si prevede un obbligo di assistenza per gli Stati coinvolti. Già come previsto nell'iniziale decisione 1313/2013, il Meccanismo prevede solo la possibilità per gli Stati di «sollecitare assistenza» (art. 15.2), con la possibilità per la Commissione, per il tramite dell'ERCC, di inoltrare la richiesta agli altri Stati. In questo caso, con una ratio non difforme all'art. 12.2 del Progetto della CDI e principalmente per razionalizzare l'eventuale assistenza, si prevede solo che «[l]o Stato membro che ha ricevuto una richiesta di assistenza tramite il meccanismo unionale decide in tempi rapidi se è in grado di soddisfare la richiesta e informa lo Stato membro richiedente della sua decisione».

Proprio la mancata assistenza degli Stati UE rispetto all'iniziale richiesta di supporto da parte dell'Italia per i dispositivi di protezione individuale, connessa alle più ampie problematiche relative alla circolazione di questi beni,⁴³ ha comunque favorito alcuni celeri sviluppi a livello europeo connessi al nuovo strumento RescEU. Va ricordato che fra le modifiche più significative al Meccanismo unionale introdotte con la decisione 2019/420 vi era la costituzione del sistema RescEU⁴⁴. Il nuovo strumento mira, in sostanza, a facilitare la costituzione di una capacità di riserva per alcune risorse funzionali al Meccanismo, quando «l'insieme delle risorse esistenti a livello nazionale nonché i mezzi preimpegnati dagli Stati membri nel pool europeo di protezione civile non sono in grado, in determinate circostanze, di garantire una risposta efficace ai vari tipi di catastrofi», in specie «nel settore della lotta aerea agli incendi boschivi, degli incidenti di tipo chimico, biologico, radiologico e nucleare, nonché della risposta sanitaria d'emergenza» (art. 12). Le risorse sono acquisite dagli Stati, ma largamente sovvenzionate dalla Commissione, a cui spetta «la decisione relativa alla loro mobilitazione e

⁴¹ M. MAUGERI, "Le mascherine smascherano un'Ue divisa", *AGI*, 6 marzo 2020.

⁴² M. MASSARI "Italian ambassador to the EU: Italy needs Europe's help", *Politico*, 10 marzo 2020.

⁴³ Vedi ampiamente G. ADINOLFI, "Il Ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da COVID-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC", *SIDIBlog*, 20 aprile 2020.

⁴⁴ Per una valutazione delle prime proposte vedi F. CASOLARI, *Europe (2018)*, in *Yearbook of International Disaster Law*, 2019, p. 346 ss.

smobilitazione ... in stretto coordinamento con lo Stato membro richiedente e con lo Stato membro che possiede» le risorse, come indicato dalla decisione di esecuzione 2019/1310.

L'emergenza COVID-19 e, soprattutto, le carenze dimostrate nel dare seguito alla richiesta di assistenza dell'Italia, hanno determinato un'ulteriore modifica al quadro normativo. Va qui ricordato che l'iniziale decisione di esecuzione 2019/570, primo passo per rendere operativa la decisione 2019/420 e lo strumento RescEU, ne limitava la portata alle sole ipotesi di mezzi anti-incendio e mezzi di evacuazione medica aerea, dando priorità a settori allora considerato più rilevanti stante pregresse carenze riscontrate in questi ambiti.

Tuttavia, in ragione dell'emergenza COVID-19, con la decisione di esecuzione (UE) 2020/414 del 19 marzo 2020, si è prevista l'attivazione di RescEU anche per la costituzione di scorte di materiale medico e per risorse connesse alle squadre mediche di emergenza, con una scelta prontamente salutata dalla Presidente della Commissione von der Leyen quale un esempio volto a «put EU solidarity in action»⁴⁵. Sulla sua base è stato possibile mobilitare 50 milioni di euro, poi portati ad 80 milioni, per la creazione di una riserva strategica anche di materiale medico, sostenuta al 90 per cento dalla Commissione e al 10 per cento dagli Stati, dando poi compito all'ERCC di provvedere alla definizione della distribuzione ove necessario, come avvenuto nelle settimane passate con i primi invii a Stati beneficiari quali Italia, Spagna e Croazia. In questo ambito, quindi, tramite la realizzazione di strategie comuni ispirate ad un principio di solidarietà si è cercato di superare l'ostacolo giuridico dell'assenza di un obbligo di puntuale assistenza nel diritto internazionale o europeo.

4. L'impiego di medici stranieri in Italia

Come ampiamente riportato numerosi sono stati gli interventi di personale sanitario straniero in Italia. Particolare copertura mediatica ha avuto la vicenda della c.d. *Brigata Henry Reeve* composta da personale sanitario cubano⁴⁶, parte di una più vasta risposta che ha visto coinvolti *teams* sanitari dell'Albania, Germania, Norvegia e Romania, Polonia, Russia, Ucraina, la prospettata partecipazione di medici somali, oltre alla risposta di personale

⁴⁵ Commissione europea, "COVID-19: Commission creates first ever rescEU stockpile of medical equipment", *Press Release*, 19 marzo 2020.

⁴⁶ "Coronavirus, sono arrivati a Torino 38 medici e infermieri cubani: lavoreranno alle Ogr", *La Stampa*, 13 aprile 2020.

straniero al bando straordinario di assunzioni della Regione Emilia-Romagna, rispetto al quale vi è stato interesse di personale dell'Albania, Pakistan, Venezuela, Turchia, Ucraina, Norvegia e Regno Unito.

Questa tematica solleva problemi giuridici comunemente ricorrenti nell'ambito dell'IDL ovvero, da un lato, il riconoscimento delle qualifiche professionali per il personale sanitario straniero, dato che l'esercizio di queste attività è normalmente soggetto a rigide regolamentazioni per motivi di tutela della salute pubblica e, dall'altro, la qualità delle prestazioni offerte, dato che in molti contesti emergenziali si sono riscontrate attività inferiori a comuni standard terapeutici⁴⁷.

Non stupisce quindi che, recentemente, l'OMS abbia varato un programma di certificazione e accreditamento per il personale che vuole operare in missioni di soccorso, denominato *Emergency Medical Teams*, basato su standard tecnici qualitativi elaborati dall'OMS e verificati tramite un sistema di *peer-review*⁴⁸. L'accREDITamento non garantisce però un automatico superamento delle condizioni giuridiche per l'operatività di personale sanitario straniero nello Stato assistito, anche se il disporre di una certificazione OMS può ovviamente facilitare questi passaggi, garantendo lo Stato colpito dal disastro circa la qualità delle prestazioni irrogate.

Ugualmente, in ambito UE, si è registrata la creazione del Corpo medico europeo: con la decisione di esecuzione (UE) 2018/142 si è disposta l'integrazione della componente sanitaria nell'ambito del Meccanismo, compreso nell'*European Civil Protection Pool* che racchiude il personale e i mezzi di risposta pre-impegnati volontariamente dagli Stati membri al fine di beneficiare degli incentivi economici previsti, sulla base di un sistema di registrazione e certificazione qualitativa che, tra l'altro, richiama le menzionate Linee guida OMS quale standard di riferimento, così da attribuire valenza più stringente a questi standard tecnici originariamente non vincolanti. Team medici connessi allo *European Medical Corps*, provenienti dalla Romania e dalla Norvegia, sono stati effettivamente impiegati a Milano e Bergamo nell'ambito dell'emergenza COVID-19.

Nonostante il contesto emergenziale, anche in Italia si sono riproposti i problemi giuridici connessi all'impiego di personale medico straniero, dato il regime regolamentare che connatura l'esercizio delle attività sanitarie in

⁴⁷ Organizzazione mondiale della sanità, Federazione internazionale delle Società di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, *The Regulation and Management of International Emergency Medical Teams*, Geneva, 2017.

⁴⁸ K. BOOKMILLER, *Professional Standards and Legal Standard Setting: INSARAG, FMTs and International Disaster Relief Volunteers*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, p. 957 ss.

Italia, dove l'operare in assenza della qualifica professionale (o del suo riconoscimento, per il personale straniero) integra una fattispecie di reato, punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e una multa da euro 10.000 a 50.000 sulla base dell'art. 348 del codice penale.

La regolamentazione di questa problematica risente ovviamente dell'intrecciarsi della normativa nazionale con quella europea. Difatti, sulla scorta del decreto-legislativo 206/2007, che recepisce la direttiva 2005/36, si determina un regime di vantaggio per i cittadini dell'UE che abbiano acquisito qualifiche professionali in uno Stato membro (o similmente per i cittadini della Confederazione elvetica o dell'Area SEE che abbiano acquisito i loro titoli in uno di detti Stati). In questo caso si prevede una richiesta di notifica al Ministero della salute circa l'intenzione di svolgere l'attività, corredata dalla documentazione rilevante, come le certificazioni delle autorità dello Stato di origine dove si attesta che il prestatore di servizi è legalmente stabilito in quello Stato e li esercita detta professione, l'attestato di conformità alla direttiva 2005/36 dei titoli di cui l'interessato intende avvalersi, ecc. La presentazione di queste informazioni deve avvenire almeno un mese prima dell'inizio della prestazione dei servizi, onde permettere al Ministero di verificarle ed eventualmente disporre misure compensative: tuttavia vi è la possibilità di derogare al requisito temporale in «caso di urgenza», soluzione che si attaglia ai contesti emergenziali. Molto più complessa si presenta la procedura per titoli professionali conseguiti in Stati non UE o da cittadini non europei, con la necessità della presentazione di molteplici documenti che saranno poi oggetto di validazione puntuale da parte del Ministero della salute, con un espresso riconoscimento nell'arco di quattro mesi, senza che si prevedano procedure facilitate in caso di urgenza. Si può infine sottolineare che le previsioni connesse alla tessera professionale europea, utilizzabile per la professione infermieristica, di cui al decreto-legislativo 28 gennaio 2016 n. 15 non risultano ugualmente particolarmente utili in situazioni di emergenza.

Le difficoltà giuridiche che si potevano presentare in Italia per l'operatività di personale medico straniero erano già state evidenziate nel rapporto "Il quadro giuridico per la risposta internazionale ai disastri in Italia"⁴⁹, realizzato al fine di testare l'adeguatezza del nostro sistema normativo-istituzionale rispetto ai casi di assistenza internazionale sulla scorta dei parametri forniti dalle IDRL Guidelines. Già all'epoca, fra le 20 raccomandazioni proposte, si sottolineava che «[i]l riconoscimento delle qualifiche UE ottenute

⁴⁹ Croce Rossa Italiana e Federazione Internazionale delle Società di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, *Il quadro giuridico per la risposta internazionale ai disastri in Italia*, 2015.

da cittadini non-UE potrebbe essere eccezionalmente accettato, durante la risposta ai disastri, alle stesse condizioni applicabili ai cittadini UE con qualifica UE. Le autorità italiane potrebbero altresì considerare la facilitazione, procedurale e/o sostanziale, del riconoscimento delle qualifiche non-UE». Questa raccomandazione non aveva però trovato seguito, nonostante che anche in altri disastri già si fossero riscontrate difficoltà nel permettere l'operatività di personale sanitario straniero: al tempo dell'emergenza ad Haiti, per permettere al personale medico brasiliano imbarcato nella nave *Cavour* di operare, era stato necessario ricorrere all'Ordinanza n. 3849 del Presidente del Consiglio dei ministri dove si prevedeva che «il personale sanitario straniero può erogare prestazioni sanitarie a favore della popolazione di Haiti nelle strutture collocate su navi militari italiane in deroga all'art. 100 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265».

Era quindi evidente che l'ordinamento italiano avrebbe già dovuto predeterminare le procedure per facilitare l'operare di personale sanitario straniero in caso di disastro. Nell'ambito dell'emergenza COVID-19 è stato quindi necessario ricorrere a soluzioni ad hoc, realizzate per il tramite del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, dove si è previsto all'art. 13 «l'esercizio temporaneo di qualifiche professionali sanitarie ai professionisti che intendono esercitare sul territorio nazionale una professione sanitaria conseguita all'estero regolata da specifiche direttive dell'Unione europea» per il tramite di una «istanza corredata di un certificato di iscrizione all'albo del Paese di provenienza alle regioni e Province autonome, che possono procedere al reclutamento temporaneo di tali professionisti».

Sebbene tale dettato normativo non risulti particolarmente lineare, questa soluzione risulta applicabile sia al personale che voglia prestare la sua attività volontariamente sia in caso di una delle forme semestrali di impiego remunerato previste nello stesso decreto-legge, tramite speciali incarichi di lavoro autonomo ovvero assunzioni alle dipendenze della pubblica amministrazione. In questo ultimo caso il personale sanitario straniero risultava comunque assoggettato alle limitazioni di cui all'art. 38 del decreto-legislativo 165/2001, secondo cui questa possibilità è limitata ai cittadini italiani e dell'UE, ai cittadini extra UE lungo-soggiornanti, ai titolari di protezione internazionale e ai familiari di cittadini dell'UE. Conseguentemente, in sede di conversione del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, per il tramite della legge 24 aprile 2020, n. 27, si è disposto altresì, tramite un par. 1 bis all'art. 13, una deroga al predetto art. 38 del decreto-legislativo 165/2001, onde garantire questa possibilità «a tutti i cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea, titolari di un permesso di soggiorno che consente di

lavorare», così da ampliare la platea del personale sanitario straniero da cui attingere ed evitare discriminazioni.

L'emergenza COVID-19 ha quindi determinato una celere semplificazione dei requisiti per il riconoscimento delle qualifiche professionali. Sarà però opportuno valutare, per una futura ottica sistemica, la congruità delle scelte operate. Se il regime derogatorio odierno si basa, sostanzialmente, sulla semplice iscrizione del personale sanitario straniero all'albo del rispettivo Stato di origine, altre esigenze potrebbero essere prese in considerazione, come il livello qualitativo nell'assistenza, che può sensibilmente variare.

Se risulta ovviamente difficile limitare una possibilità di intervento solo alle squadre certificate OMS, che pure hanno operato in queste settimane in Italia, vista la novità di questa iniziativa, si potrebbe ricorrere alle soluzioni ipotizzate in strumenti di IDL, come il *Model Act* elaborato dall'IFRC e dall'*Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* delle Nazioni Unite (OCHA) per le *IDRL Guidelines*. In tale caso si potrebbe predefinire periodicamente una lista di Stati che, esclusivamente per il periodo dell'emergenza, godrebbero di un automatico riconoscimento delle qualifiche professionali per il personale sanitario che lì normalmente opera, così da creare un minimo di contemperamento fra esigenze di celerità e definizione di parametri qualitativi.

5. Il personale militare di soccorso della Russia

Fra il sostegno internazionale di cui ha beneficiato l'Italia una certa attenzione mediatica ha sollevato l'impiego di personale militare di soccorso della Russia. La missione era composta da 104 unità di personale, indicato nella nota congiunta degli Esteri e della Difesa⁵⁰ come operatori sanitari dei reparti CBRN, bonificatori e altro personale di assistenza e interpretariato, giunto a Pratica di Mare con un imponente ponte aereo militare agli inizi di marzo, assieme ai mezzi di trasporto e materiale poi dispiegato in Lombardia, seguito da altri voli. Come noto l'attenzione si è concentrata su alcuni dubbi sollevati da quotidiani nazionali circa l'effettiva composizione della missione, stanti gli ingenti *asset* militari impiegati e i timori che personale dei

⁵⁰ Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, "Nota congiunta del Ministero della Difesa e del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale", 3 aprile 2020.

servizi segreti russi potesse essere coinvolto⁵¹ e sulla richiesta della Russia di rimborso dei costi⁵².

Nell'ambito dell'IDL, la partecipazione di personale militare straniero in operazioni di soccorso, sebbene ovviamente possibile, non è indifferente. Difatti, specie da parte degli operatori civili e delle organizzazioni umanitarie, l'attenzione è rivolta alle criticità che la presenza di personale militare straniero può determinare, specie in relazione alla compressione del c.d. spazio umanitario, ai maggiori costi ipotizzati per l'impiego di questa componente o al perseguimento di finalità non strettamente umanitarie.

Il tema è trattato dalle c.d. *Oslo Guidelines on the Use of Foreign Military and Civil defence Assets in Disaster Relief*, realizzate da OCHA nel 1994, poi riviste nel 2007, tramite un approccio cooperativo ed informale nella sua stesura, derivante dalla collaborazione di Stati, Organizzazioni internazionali, ONG, IFRC, Comitato internazionale della Croce Rossa e accademici. Le *Oslo Guidelines* si basano su un assunto basilare, ovvero che la partecipazione di personale militare straniero sia informato ad un principio di *last resort*, in ragione di uno «humanitarian gap» e in carenza di alternative civili comparabili. Sebbene le *Oslo Guidelines* abbiano come principale finalità quella di essere utilizzate per definire le modalità di utilizzo di *asset* militari stranieri in favore dello Stato colpito dal disastro da parte delle agenzie delle Nazioni Unite, le stesse Linee guida ne raccomandano l'uso da parte dei «decision-makers in Member States and regional organizations when considering the use of military and civil defence assets to provide assistance to civilian populations in natural disasters». Queste Linee guida rappresentano il documento di riferimento in materia e l'UE le ha richiamate nel processo decisionale circa l'eventuale impiego di *asset* militari in relazione al Meccanismo.

Rispetto al contesto italiano, è ovvio che le *Oslo Guidelines* non abbiano valenza vincolante, ma la loro presenza quale parametro di riferimento internazionale e i principi largamente condivisi nell'ambito della risposta alle emergenze che sono inclusi nel documento sicuramente testimoniano come queste soluzioni non siano totalmente indifferenti, come poi confermato dai puntuali dibattiti che si sono sviluppati nel caso concreto italiano.

⁵¹ J. JACOBONI, "Militari di Mosca acquartierati nella foresteria dell'esercito italiano, i timori di un'occupazione russa in Italia", *La Stampa*, 25 marzo 2020; ID., "Coronavirus, la telefonata Conte-Putin agita il governo: "Più che aiuti arrivano militari russi in Italia", *La Stampa*, 25 marzo 2020.

⁵² J. JACOBONI, P. MASTROLILLI, "Nella spedizione dei russi in Italia il generale che negò i gas in Siria", *La Stampa*, 16 aprile 2020; D. RANIERI, "Domandine a Di Maio", *Il Foglio*, 18 aprile 2020.

Un ulteriore oggetto di polemica è risultata la copertura dei costi di questa missione, visto che articoli di stampa contestavano le apparenti richieste della Russia rispetto ai costi sostenuti, qualificati, solo per il trasposto dell'ingente dispositivo, in almeno mezzo milione di Euro⁵³. Nell'ambito dell'IDL non sussistono principi univoci quanto alla gestione dei costi del personale internazionale di soccorso e, limitandosi alla cooperazione inter-statale, si possono registrare varie soluzioni, ovvero la copertura dei costi interamente a carico dello Stato che presta assistenza oppure di quello che la riceve o soluzioni intermedie.

Nel caso della cooperazione in oggetto, sebbene si sia ufficialmente indicato che la missione «non è stata gestita direttamente dal ministero degli Affari Esteri, bensì è frutto di un accordo raggiunto tra i rispettivi vertici politici di governo, italiano e russo»⁵⁴, si potrebbe ricordare che sussiste fra Italia e Federazione Russa un Accordo di cooperazione nel campo della protezione civile, in materia di previsione e di prevenzione dei rischi maggiori e di assistenza reciproca in caso di catastrofi naturali o tecnologiche, concluso nel luglio 1993 e indicato in vigore dal 14 maggio 1998, come comunicato in Gazzetta Ufficiale n. 135 del 12 giugno 1998. La finalità di questo trattato sembra ben attagliarsi alla situazione in oggetto dato che nelle situazioni di catastrofe naturale rientrano anche le situazioni in cui lo «hazard» è di natura biologica, come nel caso del COVID-19. Secondo l'art. 9 del trattato in oggetto «[i] costi dell'assistenza fornita dalle squadre di soccorso della Parte offerente ... non verranno assunti dalla Parte richiedente», salvo quanto previsto all'art. 9.2 che richiama l'art. 4, dove si specifica che le spese relative al sostentamento delle squadre di soccorso, nonché il normale rifornimento del loro equipaggiamento, saranno assicurate dalla Parte richiedente. Il dettato, e la divisione dei costi, era piuttosto lineare e risulta quindi inusuale che questo trattato, tuttora in vigore, anche se forse poco noto, non sia mai stato menzionato nel dibattito odierno, e meno si comprende su quali basi il trattato sarebbe stato superato da un «successivo accordo fra i rispettivi vertici di governo», come indicato da fonti governative⁵⁵.

⁵³ J. JACOBONI, P. MASTROLILLI, “Nella spedizione”, cit.; D. RANIERI, “Domandine a Di Maio”, cit.; Redazione, “Volo di Stato per lo show di Putin”, *Il Foglio*, 17 aprile 2020.

⁵⁴ “La missione militare russa a mia insaputa”, *Il Foglio*, 21 aprile 2020.

⁵⁵ *Ibidem*.

6. Una chiosa finale

I temi trattati nel contributo, sebbene ovviamente fortemente eterogenei stante l'agenda dettata principalmente dal dibattito mediatico, possono quindi confermare come i disastri siano in grado di sollevare molteplici questioni, atte a richiedere un'adeguata attenzione da parte delle autorità rilevanti rispetto a diversi aspetti, con una necessaria azione a livello nazionale e sub-nazionale che necessariamente coinvolge numerosi aspetti settoriali. In questi ambiti, la componente giuridica non può essere la soluzione definitiva ai problemi presenti, ma è sicuramente una parte integrante rispetto ai numerosi sforzi che devono essere perseguiti per la protezione delle vittime e delle comunità colpite.

È quindi auspicabile che si possa registrare una sempre maggiore attenzione rispetto a questi temi nell'agenda istituzionale, politica e altresì giuridica, specie perché occorre considerare come l'insorgere di disastri, e in specie la loro magnitudo, deriva non soltanto dai rischi che possono manifestarsi, ma altresì dalla loro combinazione con le «conditions of exposure, vulnerability and capacity» presenti nelle comunità colpite (vedi la definizione di disastro dell'*Open-ended intergovernmental expert working group on indicators and terminology relating to disaster risk reduction*, accolta dalla risoluzione 71/276 (2017) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite). La stessa emergenza COVID-19, come attestato dal diverso impatto che già si rileva fra gli Stati, sta nuovamente a dimostrare come le conseguenze di un medesimo rischio, in questo caso biologico, possono essere significativamente diverse in ragione del contesto complessivo in cui si presentano, dove anche la componente giuridica può avere un ruolo rispetto alla variabile della «capacity» dei vari Stati nel fare fronte a questi eventi e nel determinarne l'esito finale.

Molto rumore per nulla? L' *app* italiana di *contact tracing* tra profili di legittimità giuridica e cause di inefficienza

ENZA CIRONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La compatibilità delle applicazioni di tracciamento con il quadro giuridico europeo di protezione dei dati. – 3. L' *app Immuni* alla prova del GDPR. – 4. Dal digitale all' analogico: lo scontro con il mondo reale. – 5. *Immuni 2.0?* – 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Sin dalle prime fasi di contrasto alla pandemia, l' utilizzo degli strumenti tecnologici si è rivelato essenziale nel panorama delle misure di contenimento del virus, sia a livello nazionale che europeo. Di recente, il dibattito sull' opportunità di adottare applicazioni di tracciamento dei contatti ha animato la scena internazionale, alimentando dubbi circa la loro (presunta) inadeguatezza in termini di tutela della protezione dei dati personali. Il presente contributo si propone un duplice obiettivo. In primo luogo, attraverso la disamina delle fonti europee e italiane in materia di protezione dei dati, l' articolo indaga il profilo della “legittimità giuridica” dell' *app* italiana di *contact tracing Immuni*. In secondo luogo, l' analisi si concentra sulle sue cause di insuccesso in considerazione del fatto che solo una bassissima percentuale della popolazione ha fatto uso dell' *app* e che questa è progressivamente scomparsa dalla strategia di governo per il contrasto alla pandemia. Il contributo evidenzia che le cause di tale insuccesso sono essenzialmente da attribuirsi ad una generalizzata assenza di fiducia nei confronti delle autorità pubbliche, più che a specifiche falle di sicurezza dell' applicazione. Ma è stata soprattutto la mancata interazione dell' *app* con il sistema sanitario nazionale e regionale ad averne decretato il fallimento (almeno sino ad ora). Dal 7 aprile 2021 è disponibile un nuovo aggiornamento grazie al quale gli utenti positivi al virus possono autonomamente far scattare il sistema di avviso a tutti gli altri utenti: nuova vita per *Immuni*?

PAROLE CHIAVE: GDPR – *contact tracing* – COVID-19 – *Immuni* – protezione dei dati – diritto alla salute.

1. Introduzione

«[N]on tutto ciò che è tecnologicamente possibile è anche socialmente desiderabile, eticamente accettabile e giuridicamente legittimo»¹. Le parole dell' allora Garante italiano per la protezione dei dati personali Stefano Rodotà risultano particolarmente adatte a descrivere la parabola che ha caratterizzato (perlomeno sino ad ora) la *app* italiana di *contact tracing* “Immuni”

* Dottoranda di ricerca in European and Transnational Legal Studies, Università degli Studi di Firenze, enza.cirone@unifi.it. L' autrice ringrazia il revisore anonimo per gli utili suggerimenti e le proposte di integrazione.

¹ Discorso del Presidente dell' Autorità Garante Privacy, relazione del 2003, www.garanteprivacy.it.

la cui creazione è stata accompagnata da tanto clamore al pari del silenzio che ha fatto seguito alla sua (ancora in corso) eclissi².

Alle osservazioni che seguiranno, è necessario premettere che l'attività di tracciamento dei contatti effettuata dal personale sanitario è da sempre considerata essenziale per mitigare gli effetti di malattie e virus. Vale infatti la pena ricordare che il *contact tracing* è stato definito dall'Organizzazione mondiale della sanità come «il processo di identificazione, valutazione e gestione dei soggetti che sono stati esposti al virus al fine di prevenirne la trasmissione»³. Tradizionalmente l'attività di tracciamento dei contatti⁴ è effettuata dalle autorità sanitarie che intervistano le persone risultate positive e questa è, generalmente, una strategia efficace per mitigare gli effetti negativi di virus come il COVID-19.

La pandemia provocata dal coronavirus ha però messo a dura prova il sistema tradizionale di *contact tracing* a causa sia della velocità del virus, sia del fatto che i pazienti possono essere contagiosi ma al contempo asintomatici e ciò rende più difficile la loro individuazione. Dunque, le potenzialità delle tecnologie attualmente in uso hanno indotto a sperimentare l'utilizzo di strumenti di tracciamento dei contatti digitali che sopperissero all'imprecisione e inefficacia del sistema di *contact tracing* manuale⁵.

Ciò premesso, il presente contributo si propone un duplice obiettivo.

In primo luogo, si intende indagare il profilo della “legittimità giuridica” dell'*app* italiana di *contact tracing*, alla luce delle fonti di diritto dell'Unione europea e italiane in materia di protezione dei dati⁶. Occorre precisare che, sebbene l'analisi si concentri maggiormente sulla tutela dei dati, anche l'ambito del diritto alla riservatezza (la c.d. *privacy* in senso stretto) assume rilievo nell'attività di tracciamento dei contatti. L'art. 7 della Carta tutela, infatti, il

² Secondo l'ultimo aggiornamento del 26 marzo 2021 pubblicato sulla pagina dedicata all'*app* Immuni, risulta che hanno scaricato l'applicazione oltre 10.387.423 italiani e cioè il 19.6 per cento della popolazione, www.immuni.italia.it.

³ Traduzione dell'autrice. Per il testo originale in inglese v. www.who.it.

⁴ Il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie elenca nello specifico le attività da seguire: *Contact Tracing: Public Health Management of Persons, Including Healthcare Workers, Having Had Contact with COVID-19 Cases in the European Union*. V. www.ecdc.europa.eu.

⁵ Il 15 aprile 2020, l'eHealth Network ha pubblicato le linee guida per la realizzazione di applicazioni finalizzate al tracciamento dei contagi nelle quali ha affermato che «le *app* mobili hanno il potenziale per rafforzare le strategie di tracciamento dei contatti personali, che sono necessarie a contenere e invertire il corso della diffusione del COVID-19», eHealth Network, *Mobile applications to support contact tracing in the EU's fight against COVID-19 – Common EU Toolbox for Member States*, 15 aprile 2020.

⁶ G. DELLA MORTE, *La tempesta perfetta COVID-19, deroghe alla protezione dei dati personali ed esigenze di sorveglianza di massa*, in *SIDIBlog*, 30 marzo 2020.

diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle comunicazioni.

In secondo luogo, l'articolo si interroga sulle cause di insuccesso della applicazione di tracciamento italiana, pur tenendo in considerazione che quasi in tutti gli Stati membri (e non solo⁷) le percentuali di download sono state molto basse - per quanto si possano ravvisare esempi più "virtuosi"⁸.

Tale dato risulta indicativo di una diffusa assenza di fiducia dei cittadini nei confronti dello strumento del tracciamento dei contatti verso cui si è guardato con diffidenza sin dalle fasi iniziali di creazione. Un tale scetticismo è probabilmente una conseguenza diretta sia della poca trasparenza da parte degli organi istituzionali⁹ sia del fatto che l'adozione di questo strumento è stata accompagnata da un ampio e acceso dibattito. Da una parte vi erano il Governo e alcuni gruppi di esperti che ne elogiavano il potenziale di elemento chiave per contenere la diffusione del virus, dall'altra vi erano altri gruppi di esperti che evidenziavano i rischi per il diritto alla protezione dei dati personali e per il diritto alla riservatezza accresciuti dal timore che questo diventasse uno strumento per una capillare sorveglianza di massa¹⁰.

Ciononostante, l'app *Immuni* è stata rilasciata e, in quanto considerata uno dei pilastri per la lotta al COVID-19, nelle fasi iniziali è stata oggetto di ampia pubblicità sia sui canali televisivi nazionali che su internet. Tuttavia,

⁷ Un esempio extra-UE è quello della app australiana COVIDSafe che sembra aver deluso le aspettative iniziali. V. B. SIEBERT, "COVIDSafe app of no 'material benefit' to coronavirus contact tracing in SA, police chief says", *ABC News*, 4 novembre 2020.

⁸ Secondo uno studio condotto da ricercatori della Università di Oxford, l'app di *contact tracing* del Regno Unito NHS ha segnalato più di 600.000 casi di COVID-19, L. MUSCATO, "The UK's covid app made a serious difference during the winter surge", *MIT Technology Review*, 11 febbraio 2021.

⁹ V. AZZOLINI, "App Immuni, poca trasparenza sulla scelta e sui diritti coinvolti", *La Stampa*, 3 maggio 2020. Merita ricordare a questo proposito che nella relazione inviata al Governo il 14 maggio 2020, il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (Copsir) evidenziava alcuni aspetti critici di natura procedurale, tecnica e giuridica dell'app *Immuni* «che dovrebbero essere corretti, per evitare che l'efficacia della iniziativa risulti ridotta, e, soprattutto, che si possano determinare rischi connessi sia alla trasmissione dei dati dei cittadini, in ordine al rispetto della privacy e alla sicurezza dei dati personali, sia in particolare alla stessa gestione complessiva, dal punto di vista epidemiologico, dell'emergenza sanitaria». Ciononostante, il Copsir indicava di non voler «entrare nel merito della scelta del Governo di predisporre uno strumento di tracciamento dei contatti». V. al riguardo www.documenti.camera.it.

¹⁰ Nella lettera aperta firmata da più di trecento scienziati in tutto il mondo (*Joint Statement on Contact Tracing*, 19 aprile 2020, www.drive.google.com) si legge: «However, we are concerned that some "solutions" to the crisis may, via mission creep, result in systems which would allow unprecedented surveillance of society at large». Si rimanda anche a L. DENCİK, *Surveillance realism and the politics of imagination: Is there no alternative?*, in *Krisis – Journal for Contemporary Philosophy*, 2018.

già a partire dall'autunno 2020, *Immuni* è progressivamente scomparsa dalle scene, risultando sempre meno presente nella strategia di governo per il contrasto alla pandemia¹¹ (anche al tempo in cui si scrive).

Sebbene lo stato dell'arte sia quello appena descritto, si ritiene che, con sguardo prospettico al futuro, una analisi delle cause di inefficienza di questo strumento possa essere utile. Difatti, il virus non è stato debellato e non si esclude che, con l'accelerazione della campagna di vaccinazione della popolazione e con il progressivo allentamento delle misure restrittive della mobilità tra regioni e stati, il potenziale intrinseco di questo strumento possa essere riscoperto¹².

Invero, il principale limite di *Immuni* ha riguardato il mancato collegamento con il sistema sanitario nazionale e regionale e non la questione privacy (in senso ampio). Tale aspetto, però, sembra essere stato risolto dal recente aggiornamento dell'applicazione, così come si dirà più avanti.

2. La compatibilità delle applicazioni di tracciamento con il quadro giuridico europeo di protezione dei dati

All'analisi del profilo considerato, si ritiene necessario premettere una breve disamina del quadro normativo esistente in materia di protezione dei dati che, è necessario precisare, non osta alla previsione di misure limitative del diritto alla protezione dei dati personali né, dunque, alla adozione di applicazioni di tracciamento.

Come infatti precisa il *considerando* 4 del regolamento europeo sulla protezione dei dati (di seguito, "GDPR")¹³, il diritto al trattamento dei dati personali «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con gli altri diritti fondamentali, in ossequio al *principio di proporzionalità*». Ciò, invero, trova conferma non solo nel dato testuale del GDPR ma anche nelle linee guida adottate dal Comitato

¹¹ A titolo esemplificativo, si pensi che il 28 ottobre 2020 l'ex Presidente del Consiglio Giuseppe Conte ha condiviso un tweet su Twitter che poi ha fissato sulla sua bacheca dove c'era scritto: «Indossa la mascherina. Mantieni la distanza. Lava spesso le mani. Seguiamo queste tre semplici regole. Questa battaglia si vince con l'impegno di tutti». Dunque, in questo vademecum nessuna menzione a *Immuni*.

¹² Ne è un esempio l'impiego della app *Immuni* per visualizzare, scaricare e/o stampare la Certificazione verde COVID-19 che verrà rilasciata a seguito della somministrazione del vaccino, dopo un test negativo o per guarigione dal virus. V. www.dgc.gov.it.

¹³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

europeo per la protezione dei dati personali¹⁴. Già a partire dal 19 marzo 2020 nello *Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*¹⁵ il Board ha precisato che le norme in materia di protezione dei dati personali non ostacolano l'adozione di misure restrittive del suddetto diritto che siano volte a contrastare la pandemia. Nelle Linee guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19¹⁶ del 21 aprile 2020, il Comitato enuclea i principi cui dovrebbe ispirarsi l'utilizzo da parte degli Stati membri di sistemi di *contact tracing*¹⁷. Segnatamente, nel documento viene messo in evidenza come il quadro normativo sia flessibile e, dunque, in grado di garantire una risposta attuale ed efficace per contrastare la pandemia e, al contempo, proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali¹⁸.

Pertanto, *in medio stat virtus*, e a ciò si aggiunga che il necessario bilanciamento tra i diritti fondamentali del rispetto della vita privata e familiare, alla protezione dei dati e alla protezione della salute, sanciti a livello di diritto primario dell'Unione, dagli art. 7, 8 e 35 della Carta dei diritti fondamentali (di seguito, "Carta"), deve muoversi entro la cornice dell'art. 52, par. 1, di quest'ultima. Tale clausola generale consente solo le limitazioni che «rispondano effettivamente a *finalità di interesse generale* riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», a condizione che siano «previste dalla legge», rispettino «il contenuto essenziale di detti diritti e

¹⁴ Il Comitato europeo per la protezione dei dati ("European Data Protection Board" o EDPB) organismo dell'Unione, disciplinato dal Capo VII Sezione 3 del regolamento e composto dalle figure di vertice delle autorità di controllo degli Stati membri e dal Garante europeo della protezione dei dati.

¹⁵ European Data Protection Board, *Statement of 19 March 2020 on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak*.

¹⁶ Comitato europeo per la protezione dei dati, Linee guida 04/2020 sull'uso dei dati di localizzazione e degli strumenti per il tracciamento dei contatti nel contesto dell'emergenza legata al COVID-19, adottate il 21 aprile 2020.

¹⁷ Sul tema si vedano anche: comunicazione della Commissione del 17 aprile 2020, *Orientamenti sulle app a sostegno della lotta alla pandemia di COVID-19 relativamente alla protezione dei dati*, 2020/C 124/1/01; risoluzione del Parlamento europeo *sull'azione coordinata dell'UE per combattere la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze*, 2020/2616(RSP).

¹⁸ Comitato europeo per la protezione dei dati, Linee guida 04/2020, cit., p. 3. In risposta a una lettera di due rappresentanti del Parlamento europeo, Lucia Duriš Nicholsonová e Eugen Jurzyca (European Data Protection Board, Response of 24 April 2020 to Mrs Duriš Nicholsonová and Mr Jurzyca's letter on common guidance in the fight against the COVID-19 pandemics, p. 1) il Comitato ha ribadito che «there is no need to lift GDPR provisions but just to observe them» perché il GDPR già contempla l'ipotesi di un trattamento dei dati «necessario per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione» (*considerando* 46 GDPR).

libertà», e siano altresì necessarie e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito¹⁹.

Invero, lo stesso legislatore europeo ha previsto la possibilità, all'interno del GDPR di introdurre alcune limitazioni al diritto alla protezione dei dati in favore della protezione della salute²⁰. In particolare, in linea con l'art. 52, par. 1, della Carta, l'art. 23 GDPR²¹ sancisce che il diritto alla protezione dei dati personali può essere limitato solo da misure *necessarie e proporzionate* in una società democratica per salvaguardare «altri importanti obiettivi di interesse pubblico generale dell'Unione o di uno Stato membro, in particolare un rilevante interesse [...] di *sanità pubblica* [...]».

Il *considerando* 46 precisa che i trattamenti di dati personali necessari «per tenere sotto controllo l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione» possono rientrare tra quelli rispondenti «sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato». È interessante notare come questo *considerando* ribadisca la validità dei trattamenti effettuati per salvaguardare gli interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica (art. 6, par. 1, lett. d), del regolamento) che, secondo l'EDPB, rappresentano la base giuridica più adeguata a costituire il fondamento di legittimità di un'applicazione di tracciamento dei contatti. Come si vedrà dopo, però, non è questa la base giuridica scelta dal legislatore italiano per l'*app Immuni*.

Rispetto al principio di liceità, è necessario fare qualche altra considerazione generale. Quando si parla di base giuridica del trattamento ci si riferisce alle condizioni che legittimano il trattamento²². L'art. 5 GDPR, che enuclea i principi che devono guidare il trattamento, include il principio di liceità e, secondo l'art. 6, il trattamento è lecito se – e solo se – ricorre almeno una delle basi individuate.

Per il caso di specie delle *app* di *contact tracing*, il GDPR permette il ricorso a tre diverse basi giuridiche. Il trattamento può essere considerato

¹⁹ Per una panoramica sulla giurisprudenza della CGUE sul trattamento dei dati personali si rimanda a F. ROSSI DAL POZZO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul trattamento dei dati personali*, in *I Post di AISDUE*, 2019; F. ROSSI DAL POZZO, L. ZOBOLI, *To protect or (not) to protect: definitional complexities concerning personal (and non-personal) data within the EU*, in *Eurojus*, 2021, pp. 315- 330.

²⁰ *Considerando* 46, 53, 54, e gli art. 9 e 23.

²¹ Sul punto si veda anche: European Data Protection Board, *Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23*, adottate il 15 dicembre 2020, par. 19: «the mere existence of a pandemic alone is not a sufficient reason to provide for any kind of restriction on the right of data subjects; rather, any restriction shall clearly contribute to the safeguard of an important objective of general public interest of the Union or of a Member State».

²² G. COMANDÈ, G. MALGIERI, (a cura di), «Manuale per il trattamento dei dati personali – Le opportunità e le sfide del nuovo Regolamento europeo sulla privacy», *Il Sole 24 Ore*, 2018, p. 33 ss.

necessario «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico»²³ o per la «salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di altra persona fisica»²⁴ oppure può essere motivato dal consenso²⁵ che deve essere libero, specifico, informato, inequivocabile e prestato mediante dichiarazione o azione positiva.

A ciò deve aggiungersi che, trattandosi di applicazioni di tracciamento dei contatti in cui la trasmissione dei dati avviene in caso di positività al virus del soggetto, i dati trattati sono relativi alla salute che, ai sensi dell'art. 4 n. 15, sono «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute». Tale tipologia di dati rientra tra le c.d. particolari categorie di dati per le quali l'art. 9 del GDPR stabilisce un generale divieto di trattamento che trova, tuttavia, eccezione nell'elenco di cui al paragrafo 2 dello stesso art. 9, che, alla lettera i), ne autorizza il trattamento anche per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, «quali la protezione da gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero».

Si precisa, inoltre, che è necessario che il trattamento avvenga in base al diritto europeo o nazionale che deve, inoltre, prevedere «misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale».

È indubbio che tale disposizione rilevi rispetto alle applicazioni di tracciamento dei contatti che trattano dati relativi alla salute²⁶ ed è infatti invocata come base giuridica per il trattamento dei dati “sensibili” nel caso dell'app *Immuni*²⁷.

Si è già detto che il trattamento dei dati deve rispettare importanti principi, tra i quali si annovera il principio della limitazione delle finalità secondo cui i dati personali devono essere «raccolti per finalità determinate, esplicite

²³ Art. 6, par. 1, lett. e), del regolamento 2016/679, cit.

²⁴ Ivi, art. 6, par. 1, lett. d).

²⁵ Ivi, art. 6, par. 1, lett. a). Nella relazione dell'app tedesca “Corona-Warn-App” (Corona-Warn-App”, *Privacy Notice*, www.coronawarn.app, par. 3) e in quella austriaca “Stopp Corona” (Stopp Corona” App, *Data Protection Information*, par. 4.2) si indica questa base giuridica.

²⁶ Sul punto merita precisare che già il Gruppo di lavoro Art. 29 si era pronunciato sugli *health data in apps and devices* evidenziando come i dati trattati a mezzo di applicazioni siano da considerarsi sanitari se l'applicazione ha finalità diagnostiche o comunque tratta dati che permettono facilmente di dedurre informazioni sullo stato di salute. Article 29 Working Party, Annex to the letter to Paul Timmers – health data in apps and devices – 5 febbraio 2015, www.techethics.com.

²⁷ App “Immuni”, Informativa Privacy, www.immuni.italia.it, par. 3.

e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità». Tali finalità devono essere sufficientemente specifiche in modo tale da escludere trattamenti ulteriori per scopi non correlati alla gestione della pandemia.

Strettamente connesso con il principio della limitazione delle finalità è quello di minimizzazione in base al quale i dati devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati».

In applicazione di tale principio, l'*app* di *contact tracing* non dovrà raccogliere informazioni che non siano necessarie (es. dati anagrafici, identificativi di comunicazione, dati relativi all'ubicazione, identificativi del dispositivo). Ciò implica che i dati trasmessi dalla *app* dovranno includere solo identificatori univoci e pseudonimi, generati dall'applicativo e specifici della stessa che dovranno essere rinnovati regolarmente al fine di limitare il rischio di identificazione e localizzazione della persona²⁸.

Si desume, dunque, che non solo il quadro giuridico europeo di protezione dei dati personali (così come definito anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia)²⁹ non ostacola l'adozione di strumenti di tracciamento ma che, al contrario, da questo possono trarsi indicazioni chiare e precise, seguendo le quali il trattamento dei dati può dirsi rispettoso dei principi pocanzi indicati.

²⁸ Comitato europeo per la protezione dei dati, Linee guida 04/2020, cit., par. 28: «Per quanto riguarda la liceità del trattamento, il Comitato rileva che le app per il tracciamento dei contatti comportano la memorizzazione e/o l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale dell'utente, che sono soggette all'articolo 5 (3) della direttiva ePrivacy. Se tali operazioni sono strettamente necessarie per consentire al fornitore dell'app di rendere il servizio esplicitamente richiesto dall'utente, il trattamento non richiede il consenso di quest'ultimo. Per le operazioni che non sono strettamente necessarie, il fornitore dovrebbe richiedere il consenso dell'utente».

²⁹ È indubbio come l'attività della CGUE sia stata (e continui ad essere) fondamentale per l'evoluzione del diritto alla protezione dei dati. La CGUE, infatti, così come sostenuto da Rossi dal Pozzo e Zoboli, sta agendo non tanto come osservatore, quanto come “costituzionalguardian” all'interno e all'esterno dei confini europei. È infatti avvenuta una vera e propria costituzionalizzazione della protezione dei dati personali. Si rimanda a F. ROSSI DAL POZZO, L. ZOBOLI, *To protect or (not) to protect: definitional complexities concerning personal (and non-personal) data within the EU*, cit., p. 316. Tra le pronunce più rilevanti della CGUE si richiamano: sentenza del 6 novembre 2003, C-101/01, *Lindqvist*; sentenza del 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet*; sentenza del 16 febbraio 2012, C-360/10, *SABAM*; sentenza del 16 Dicembre 2008, C-73/07, *Satamedia*; sentenza del 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain*; sentenza dell'8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others*; sentenza del 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*; sentenza del 25 gennaio 2018, C-498/16, *Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*; sentenza del 16 luglio 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*.

A queste considerazioni più generali si darà concretezza nel successivo paragrafo che avrà ad oggetto l'analisi degli elementi formali e di funzionamento dell'app italiana di *contact tracing*.

3. L'app *Immuni* alla prova del GDPR

La scelta dell'app *Immuni*³⁰, selezionata tra 319 progetti³¹ analizzati dai 74 esperti della *task force*³², è stata accompagnata da molti dubbi³³ sulle sue potenzialità, messe in discussione soprattutto dal fatto che alcuni studi³⁴ sostenessero la necessità di alte percentuali di *download* degli utenti³⁵ presupponendo, dunque, un vasto consenso e grande fiducia da parte dei cittadini. Anche sotto il profilo tecnico-informatico erano state evidenziate numerose criticità³⁶, ad esempio circa l'eventualità che l'eterogeneità del segnale *blue-tooth*³⁷ tra i diversi dispositivi limitasse l'efficacia del sistema, ma anche riguardo la capacità dell'app di funzionare in *background*.

Nonostante i numerosi dubbi e dopo i tanti rinvii, il 29 aprile 2020 la ministra dell'innovazione Paola Pisano ha presentato la soluzione adottata per l'app che è operativa su tutto il territorio nazionale dal 15 giugno 2020. La implementazione di *Immuni* è stata preceduta dalla adozione del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28³⁸, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della

³⁰ La stipula del contratto con la società Bending Spoons S.p.a è stata preceduta dall'adozione dell'ordinanza n.10/2020 del Commissario straordinario per l'emergenza COVID-19.

³¹ Era stata avviata una *fast call for contribution* nell'ambito della iniziativa "Innova per l'Italia: la tecnologia, la ricerca e l'innovazione in campo contro l'emergenza COVID-19" che si è svolta tra il 24 e il 26 marzo 2020 con l'obiettivo di individuare le migliori soluzioni tecnologiche per il monitoraggio del rischio di contagio, www.innovazione.gov.it.

³² La *task force* è suddivisa in otto gruppi di lavoro ed è stata istituita con decreto del Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione il 31 marzo 2020, www.assets.innovazione.gov.it. Le proposte di soluzioni tecnologiche giunte a seguito della *fast call for contribution* sono state sottoposte alla valutazione del Gruppo di lavoro *data-driven* per l'emergenza COVID-19.

³³ N. VAN DOREMALEN *et al.*, *Aerosol and Surface Stability of HCoV-19 (SARS-CoV-2) compared to SARS-CoV-1*, in *The New England Journal of Medicine*, 2020.

³⁴ L. FERRETTI *et al.*, *Quantifying SARS-CoV-2 Transmission Suggests Epidemic Control with Digital Contact Tracing*, in *Science*, 2020.

³⁵ Cfr. G.M. RUOTOLO, *Alcune osservazioni sulle app di tracciamento dei contatti e dei contagi alla luce del diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, in *SIDIBlog*, 13 maggio 2020.

³⁶ J. HELLEWELL *et al.*, *Feasibility of Controlling COVID-19 Outbreaks by Isolation of Cases and Contacts* in *Lancet Global Health*, 2020, pp. 488-496.

³⁷ P. HOWELL O' NEILL, "Bluetooth contact tracing needs bigger, better data", *MIT Technology Review*, 22 aprile 2020.

³⁸ D.l. 30 aprile 2020, n. 28 recante "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento

legge 25 giugno 2020³⁹, n.70, che ha introdotto una piattaforma unica nazionale per la gestione di un sistema di allerta COVID-19, successivamente modificato e integrato dall'art. 2, comma 1, lett. b), del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2020, n. 159.

L'art. 6 del menzionato decreto, rubricato "Sistema di allerta Covid", delinea le linee guida per il funzionamento del sistema di tracciamento dei contatti e dei contagi.

Il Garante italiano per la protezione dei dati personali aveva espresso un parere positivo⁴⁰ sulla proposta di decreto, rimandando, al tempo, «ogni valutazione dei *profili tecnici del progetto*» all'esito della valutazione d'impatto⁴¹ che è stata effettuata prima del rilascio della *app*.

L'Autorità garante, così come richiesto dalla legge⁴², si è poi espressa anche sugli esiti⁴³ della valutazione di impatto autorizzando il trattamento dei dati effettuato attraverso il Sistema di allerta. Allo stesso tempo, però, il Garante ha evidenziato delle criticità del sistema, alcune delle quali considerate arginabili con opportuni accorgimenti tecnici⁴⁴ altre invece, in quanto connaturali al sistema decentralizzato⁴⁵, dovevano dirsi comuni a tutte le *app* di *contact tracing* basate su questo modello.

penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta COVID-19".

³⁹ L. 25 giugno 2020, n. 70, di conversione del dl. 30 aprile 2020, n. 28, recante "Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di Giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del Sistema di allerta 'COVID-19'".

⁴⁰ Garante italiano per la protezione dei dati personali, *Parere sulla proposta normativa per la previsione di una applicazione volta al tracciamento dei contagi da COVID-19*, 29 aprile 2020.

⁴¹ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali", art. 2- *quinquiesdecies*.

⁴² Art. 36, par. 5, GDPR e art. 2-*quinquiesdecies* del Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al decreto-legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

⁴³ Garante per la protezione dei dati personali, *Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali presentata dal Ministero della Salute relativa ai trattamenti effettuati nell'ambito del sistema di allerta COVID-19 denominato "Immuni"*, Nota sugli aspetti tecnologici, 3 giugno 2020.

⁴⁴ Si fa riferimento, tra gli altri, alla necessità di chiarire se gli indirizzi IP dei dispositivi mobili siano conservati a seguito di accertata positività di un soggetto. Per le altre criticità rilevate, si rimanda alla Nota sugli aspetti tecnologici del 3 giugno 2020.

⁴⁵ Es. il c.d. *paparazzi attack*, cioè ipotesi in cui sia possibile acquisire lo pseudonimo generato dal dispositivo ed etichettarlo con informazioni direttamente identificative al fine di creare un database di dati pseudonomizzati che corrispondono a persone fisiche identificate o identificabili.

A seguito dell'aggiornamento della valutazione di impatto, in data 25 febbraio 2021, l'Autorità garante ha emesso un nuovo provvedimento di autorizzazione al trattamento⁴⁶ di cui nel prosieguo si darà conto nei suoi profili di maggiore interesse e rilevanza.

In buona sostanza può dirsi che le misure specifiche richieste dal Garante per rafforzare la sicurezza dei dati siano state applicate⁴⁷.

Venendo dunque all'esame del sistema di *contact tracing* alla luce del quadro giuridico sopra delineato, risulta soddisfatto, innanzitutto, il fondamento legale della limitazione del diritto alla protezione dei dati che, ai sensi dell'art. 23 del GDPR, deve trovare base esclusivamente in misure legislative. Come disposto dal *considerando* 41, ciò non implica necessariamente l'adozione di un atto legislativo da parte di un parlamento, a patto che tale misura legislativa sia chiara e precisa e la sua applicazione prevedibile per le persone che vi sono sottoposte. Infatti, come evidenziato anche dall'ex presidente del Garante per la protezione dei dati, Antonello Soro, il ricorso a un atto avente forza di legge, quale il decreto-legge, permette di coniugare «tempestività della misura e partecipazione parlamentare»⁴⁸.

Come già anticipato nelle considerazioni di carattere generale che precedono questo paragrafo, il sistema di allerta risulta poi conforme anche al requisito della liceità del trattamento dei dati sanitari che è fondato sull'esecuzione di un compito di interesse pubblico alla tutela della salute pubblica

⁴⁶ Provvedimento di autorizzazione al trattamento dei dati personali effettuato attraverso il Sistema di allerta COVID 19- App Immuni a seguito dell'aggiornamento della valutazione di impatto effettuata dal Ministero della salute su cui l'Autorità si era espressa con provvedimento del 1° giugno 2020 – 25 febbraio 2021, www.garanteprivacy.it.

⁴⁷ Se ne segnalano alcune. Il Garante aveva chiesto che gli utenti fossero informati sul funzionamento dell'algoritmo (tempi e distanze) utilizzato per la valutazione del rischio di esposizione al contagio. A questa richiesta si è ottemperato indicando nelle faq accessibili dal sito e dall'app che: «Immuni ti avverte di un contatto a rischio soltanto se ti sei trovato per almeno 15 minuti a breve distanza da una persona positiva al COVID-19 (...) Immuni utilizza la potenza del segnale Bluetooth per ricavare una stima della distanza a cui è avvenuto il contatto. I parametri della stima sono stati scelti per avvicinarsi il più possibile alle direttive del Ministero della Salute, che considerano a rischio un contatto avvenuto a una distanza inferiore ai due metri». Ancora, in considerazione delle caratteristiche tecniche del BLE, il Garante aveva richiesto che gli utenti fossero informati dei possibili falsi allarmi generati dal sistema al fine di ridurre al minimo le conseguenze negative conseguenti da falsi positivi. A tal proposito si specifica che: «Si tratta di un numero limitato di informazioni, peraltro mai perfette, in quanto il segnale Bluetooth Low Energy è influenzato da vari fattori di disturbo. Quindi, la valutazione non sarà sempre impeccabile. Per esempio, se l'app ti raccomanda di isolarti, non significa che hai sicuramente il COVID-19. Significa piuttosto che, sulla base delle informazioni a disposizione della app, l'isolamento è la cosa più sicura da fare per te e per chi ti sta accanto».

⁴⁸ V. www.garanteprivacy.it.

e risulta quindi corrispondente a quanto disposto dall'art. 9, par. 2, lett. i), GDPR e dagli articoli 2-ter e 2-sexies del Codice in materia di protezione dei dati personali. Detto trattamento, infatti, si considera lecito, anche senza il consenso dell'interessato, «se è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la *protezione da gravi minacce per la salute* a carattere transfrontaliero [...], *sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri* che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato [...]» (art. 9, par. 2, lett. i).

Merita precisare che, nel caso dell'*app* di *contact tracing*, è corretto parlare di consenso perché la scelta sul se effettuare o meno il *download* dell'applicativo è rimessa al cittadino. Tuttavia, non può dirsi che il consenso costituisca la base giuridica legittimante il trattamento dei dati, che – si è detto – si fonda, invece, sull'interesse pubblico alla tutela della salute.

In considerazione di ciò, si evidenzia che il principio volontaristico alla base dell'utilizzo dell'*app*⁴⁹ esige anche *e soprattutto* che la mancata adesione al sistema non limiti l'interessato nell'esercizio dei diritti relativi e non abbia *conseguenze pregiudizievoli*. In tal senso dispone l'art. 6 del decreto, in linea con quanto richiesto espressamente dal Garante italiano nel suo parere. Non sarebbe legittimo, di conseguenza, associare all'utilizzo dell'*app* una sorta di *green code*⁵⁰ cui collegare un c.d. *immunity passport*⁵¹. Ciò configurerebbe, peraltro, anche una violazione del diritto a non essere soggetti a processi decisionali automatizzati (art. 22 GDPR)⁵².

A ciò si aggiunga che, riguardo agli obblighi in materia di riservatezza dei dati sul traffico, le disposizioni del GDPR devono essere lette in combinato disposto con quelle della direttiva E-privacy, in particolare l'art. 5, secondo cui la memorizzazione e/o l'accesso alle informazioni già archiviate nel dispositivo dell'utente possono essere effettuati prescindendo dal consenso dell'interessato (solo) se strettamente necessarie per consentire l'espletamento del servizio esplicitamente richiesto dall'utente⁵³.

Una ulteriore *conditio sine qua non* della legittimità del sistema individuata dal Comitato europeo è il principio della limitazione delle finalità (art. 5 GDPR). Al riguardo, onde evitare un utilizzo ultroneo dei dati raccolti,

⁴⁹ Ivi, par. 24.

⁵⁰ F. LIANG, *COVID-19 and Health Code: How Digital Platforms Tackle the Pandemic in China*, in *SAGE Journal*, 11 agosto 2020.

⁵¹ Sul punto si rimanda alla dichiarazione dell'OMS, www.who.int.

⁵² La proposta della Commissione europea di creare un certificato verde digitale va in una direzione ben diversa ed è mossa dalle finalità di agevolare e rendere sicura la libera circolazione all'interno dell'UE. Per ulteriori dettagli, v. www.ec.europa.eu.

⁵³ Comitato europeo per la protezione dei dati, *Linee guida 4/2020*, cit., par. 28.

nel decreto si precisa che il sistema di allerta deve essere finalizzato *esclusivamente al contenimento dei contagi*, «ferme restando le possibilità di utilizzo a fini di ricerca scientifica e statistica» dei dati in forma aggregata o anonima.

Nell'analisi della validità del sistema di *contact tracing* rispetto alla normativa in materia di protezione dei dati, un discorso a parte merita il principio di *accountability* che costituisce uno dei cardini del GDPR. Questo principio, infatti, impone innanzitutto di definire il titolare del trattamento e chi, oltre a questi, possa avere accesso ai dati. Cogliendo il suggerimento del Comitato europeo, il decreto indica quale titolare del trattamento il Ministero della salute, che è tenuto a coordinarsi con altri attori istituzionali indicati nel decreto (tra i quali i soggetti operanti nel Servizio nazionale della protezione civile e l'Istituto superiore di Sanità), che trattano i dati in qualità di responsabili del trattamento.

In fase di creazione dell'*app*, una delle maggiori criticità rilevate ineriva i principi di funzionamento dell'applicativo con riferimento alla tipologia di dati trattati. Si è optato per il trattamento dei soli dati di prossimità dei dispositivi tramite tecnologia *bluetooth* (BLE) e non di geolocalizzazione. Inoltre, una volta attivata sullo *smartphone*, l'*app* consente la trasmissione di identificativi pseudonimizzati effimeri che non recano contenuto informativo immediatamente riferibile all'utente o allo stesso dispositivo che li genera e che sono calcolati ogni 10 minuti circa e che impediscono di associare il codice all'identità del proprietario del dispositivo.

Merita ricordare che i dati pseudonimizzati vanno distinti da quelli anonimizzati⁵⁴. La differenza non è di poco conto considerato che i primi escludono qualsiasi collegamento con l'interessato e, quindi, non si applica il GDPR, mentre per i secondi è sempre possibile la re-identificazione e, di conseguenza, si applica il regolamento⁵⁵. Al riguardo, rileva l'art. 6, comma 2, lett. a) del decreto che, riferendosi all'obbligo di informativa da dare agli interessati, richiama «[...] informazioni chiare e trasparenti [...] sulle *tecniche di pseudonimizzazione* utilizzate [...]», mentre la lett. c), relativa alla tipologia di dati che saranno trattati, stabilisce che «il trattamento effettuato per allertare i contatti sia basato sul trattamento di dati di prossimità dei dispositivi, resi anonimi oppure, ove ciò non sia possibile, pseudonimizzati». Dal punto di vista della logica applicativa, l'uso di *Immuni* è anonimo perché

⁵⁴ Sulla nozione di «dati sufficientemente anonimi» si rimanda a G. COMANDÈ, “Non spariamo sulla app di tracing e fidiamoci del Gdpr: ecco perché”, *Agenda Digitale*, 28 aprile 2020.

⁵⁵ Data Protection Commission, *Guidance note: Guidance on anonymization and pseudonymisation*, giugno 2019, www.dataprotection.ie.

il sistema non acquisisce conoscenza dell'identità degli utenti che sono stati esposti al rischio di contagio né prevede funzionalità di comunicazione tra il *backend* e le *app* che comportino la conoscenza dell'utilizzatore.

In considerazione di ciò, anche il principio di minimizzazione può dirsi rispettato.

Con riguardo al principio della limitazione della conservazione dei dati (art. 5 GDPR), il decreto indica che i dati relativi ai contatti stretti saranno conservati – anche nei dispositivi mobili degli utenti – per il *periodo strettamente necessario al trattamento*, la cui durata è stabilita dal Ministero della salute; i dati saranno poi cancellati in modo automatico alla scadenza del termine. Nel decreto era precisato che i trattamenti sarebbero stati interrotti alla data della cessazione dello stato di emergenza, e comunque non oltre il 31 dicembre 2020, data entro la quale era previsto che tutti i dati personali trattati sarebbero stati cancellati o resi definitivamente anonimi. Tale termine è stato prorogato al 31 dicembre 2021 con il decreto-legge del 7 ottobre 2020, n.125.

4. Dal digitale all'analogico: lo scontro con il mondo reale

L'analisi svolta ha dimostrato che i dubbi sulla legittimità giuridica di *Immuni* non trovano fondamento nel sistema delineato. Il trattamento dei dati effettuato per mezzo dell'*app* può dunque dirsi conforme e rispettoso del diritto alla protezione dei dati personali e, altresì, il suo insuccesso non può imputarsi a carenze in termini di *data protection*⁵⁶.

Ciononostante, seppur *Immuni* abbia superato il vaglio del profilo di legittimità giuridica, permangono taluni interrogativi circa la sua capacità di rispondere a un criterio di necessità del trattamento, che – merita ricordarlo – costituisce uno dei fari alla luce dei quali valutare la legittimità delle misure di limitazione dei diritti.⁵⁷

Al riguardo, occorre richiamare che il tracciamento dei contatti, assicurato dall'*app*, non è stato accompagnato da ulteriori strumenti di

⁵⁶ G. RESCE, "Perché Immuni non piace", *La Voce*, 24 novembre 2020: «L'app Immuni è un esempio da manuale di fallimento del mercato dovuto a esternalità, dove il consumo congiunto genera un beneficio per la collettività che è superiore alla somma dei benefici individuali dei singoli utenti. È proprio in presenza di tali fallimenti del mercato che lo stato non può affidarsi a uno strumento facoltativo, ma deve intervenire con tutta la sua forza, come accade quando mette in piedi un sistema pensionistico o quando fornisce l'assistenza sanitaria e l'istruzione gratuita a tutti».

⁵⁷ Sul punto L. MCGREGOR, "Contact-tracing Apps and Human Rights", *EJIL:Talk!*, 30 aprile 2020.

prevenzione e contenimento dei contagi che risultano, invece, imprescindibili per renderlo tecnicamente efficace e che, pertanto, devono considerarsi strettamente necessari per il conseguimento dell'obiettivo perseguito. Ed è proprio qui che si ritiene si sia creata la falla dell'intero sistema di tracciamento dei contatti: se nella dimensione digitale l'applicazione sembrava potesse assolvere autonomamente alle finalità individuate, l'adozione nel mondo reale avrebbe richiesto un ruolo proattivo e capillare delle ASL e una maggiore trasparenza riguardo le azioni da compiere dopo l'uso dell'applicativo. Eppure, l'inattività (e impreparazione) delle autorità sanitarie locali e del Governo in generale stupisce se si pensa che proprio Domenico Arcuri, che ricopriva il ruolo di commissario straordinario per l'emergenza COVID ai tempi del rilascio dell'*app*, sostenne che il tracciamento dei contagi si sarebbe potuto rivelare del tutto inutile se non associato a test diagnostici di accertamento della positività di un soggetto.

In buona sostanza, la piena trasparenza su questo profilo avrebbe (forse) indotto le persone ad avere maggiore fiducia nella *app* e quindi a installarla. L'opacità delle indicazioni sulle misure sanitarie complementari alla notifica dell'applicazione ha creato confusione e malcontento generale.

La farraginosità del sistema ha certamente ostacolato l'acquisizione di consapevolezza da parte dei cittadini sui benefici di utilizzo dell'*app*. Questa è infatti una componente necessaria perché si riponga fiducia in tali tipologie di strumenti⁵⁸, soprattutto se questi vengono percepiti come invasivi e non si intravede alcun beneficio nell'utilizzarli.

5. *Immuni 2.0*

Sinora si è parlato di sistema di tracciamento dei contatti ma sarebbe più corretto parlare di sistema di notifica di un contatto con un soggetto positivo dal momento che la funzione dell'*app* è solo quella di allertare l'utente di essere stato in prossimità di un soggetto rivelatosi positivo al virus.

In un primo momento non era previsto alcun collegamento tra l'applicativo e il Sistema sanitario nazionale perché tutto era pienamente rimesso alla responsabilità dell'utente allertato. Con il dpcm del 18 ottobre si è reso obbligatorio il caricamento dei codici delle persone positive da parte delle Asl mentre l'art. 20 del c.d. d.l. Ristori⁵⁹ ha istituito un Servizio nazionale di

⁵⁸ Sul punto G. RESCE, *Perché Immuni non piace*, cit.

⁵⁹ D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19".

supporto telefonico e telematico alle persone risultate positive al virus che ha ricevuto parere positivo⁶⁰ dell'Autorità garante per la protezione dei dati.

Si aggiunga che, in considerazione delle difficoltà riscontrate con la versione precedente, dal 7 aprile 2021 è disponibile l'aggiornamento di *Immuni* grazie al quale gli utenti positivi al virus possono autonomamente far scattare il sistema di avviso⁶¹ a tutti gli altri utenti *Immuni*. Questi ultimi riceveranno la notifica che segnala il contatto con un soggetto risultato positivo del quale però non verrà svelata l'identità.

Come richiesto sia dal GDPR⁶² che dall'art. 6 del d.l. 30 aprile 2020, n.28, il Garante ha dato il suo parere sull'aggiornamento della valutazione di impatto e ha autorizzato il Ministero della salute a effettuare il trattamento relativo al Sistema di allerta COVID-19.

L'Autorità garante rileva infatti che la valutazione di impatto tiene conto delle indicazioni fornite nel corso delle interlocuzioni informali con i rappresentanti dei vari ministeri coinvolti.

Viene dunque da chiedersi: il recente aggiornamento dell'applicazione segnerà una nuova vita per il sistema di tracciamento? Certamente è ancora troppo presto per trarre conclusioni ma, se si guarda a esperienze di altri Stati europei nei quali l'utilizzo di un'app di tracciamento è risultata più utile, si evidenzia un'unica sostanziale differenza rispetto a *Immuni*: lo stretto collegamento tra l'applicazione e il sistema sanitario. Ne è un esempio il sistema di tracciamento inglese che, secondo un recente studio dell'Istituto Turing e l'Università di Oxford⁶³, fino a febbraio di quest'anno è riuscito a

⁶⁰ Garante per la protezione dei dati personali, Parere sullo schema di ordinanza del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19, 17 dicembre 2020 [9516719]: «Con decreto del 30 ottobre 2020 il Ministero della salute ha delegato al Commissario straordinario la disciplina dell'organizzazione e del funzionamento del suddetto Servizio, ai sensi del predetto art. 20, comma 3, del d.l. n. 137 del 2020. Con nota del 4 dicembre 2020 (prot. n. 1979), il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19 ha trasmesso, ai sensi dell'art. 36, par. 4, del Regolamento, uno schema di ordinanza concernente le modalità di funzionamento del "Servizio nazionale di supporto telefonico e telematico alle persone risultate positive al virus SARS-Cov-2"».

⁶¹ Nelle FAQ pubblicate sul sito *Immuni* si legge: «Immuni può essere sbloccata dal cittadino che dispone della APP sul proprio cellulare, e che è risultato positivo al test del tampone molecolare». «Questa operazione può essere svolta con il supporto dell'operatore sanitario che ti ha comunicato l'esito positivo del tampone, oppure se hai ricevuto il CUN (codice unico di conferma positività, ndr.) col supporto dell'operatore del call center 800912491 o in autonomia con la specifica funzione a disposizione nell'app. Attenzione: i medici di base non sono autorizzati a supportare lo sblocco di Immuni».

⁶² Art. 36, par. 4, e 57, par. 1, lett. c).

⁶³ V. www.turing.ac.uk.

bloccare quasi 600 focolai, indubbiamente complice il fatto che, dopo aver ricevuto la notifica, sia possibile prenotare un tampone direttamente tramite l'app.

6. Considerazioni conclusive

L'utilizzo delle applicazioni di *contact tracing*, utile e importante strumento di contenimento, non rappresenta una novità nella lotta contro le pandemie⁶⁴. Ciononostante, come si è messo in evidenza, il dibattito relativo alle cause di inefficienza del sistema di tracciamento dei contatti ha evidenziato la necessità che simili soluzioni tecnologiche si innestino in un processo analogico che veda il coinvolgimento dell'attività umana (in questo caso, delle istituzioni sanitarie) e non di sistemi di intelligenza artificiale in senso stretto. Si tratta, evidentemente, di una esigenza ben nota e comune a molte soluzioni *high tech* messe al servizio di primarie esigenze di sicurezza o salute pubblica. È tuttavia opportuno ribadire l'importanza in un contesto quale quello attuale, per arginare il rischio che l'emergenza determini un arretramento nel livello di tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

Si è messo in luce come la normativa europea di protezione dei dati si sia rivelata uno strumento sensibile rispetto alle esigenze odierne permettendo agli Stati membri di utilizzare queste applicazioni di tracciamento pur rispettando i principi posti a tutela del diritto fondamentale.

Lo stesso GDPR, infatti, opera un bilanciamento tra le esigenze di interesse pubblico di tutela della salute e quelle di protezione dei dati, attraverso il criterio della gradualità⁶⁵, l'unico approccio che possa contribuire a generare fiducia negli utenti e creare le basi perché strumenti del genere, percepiti dai più come estremamente invasivi della propria sfera intima e privata, possano essere accettati dalla collettività.

Ciononostante, come si è già rilevato, calandosi nel contesto italiano, l'assenza di fiducia in questo sistema di tracciamento ha giocato un ruolo

⁶⁴ Sul punto si rimanda a G.M. RUOTOLO, *Alcune osservazioni sulle app di tracciamento*, cit.: «[...] applicazioni per seguire il movimento dei contagi sono state efficacemente utilizzate in occasione delle pandemie influenzali e, ancora di più, nel caso di Ebola. Sotto il profilo della sperimentazione, poi, nel Regno Unito, nel 2018, la BBC4 aveva lanciato, assieme ad alcune Università, un programma che provava a tracciare il modo in cui si sarebbe potuto muovere un virus "simulato" mediante una app ("*Pandemic*") installata sugli smartphone di gruppi di volontari. Ne fu tratto anche un documentario, ora disponibile online, intitolato "*Contagion*".».

⁶⁵ O. POLLICINO, F. RESTA, "Data tracing, no a deleghe in bianco all'algoritmo", in *CorCom*, 24 marzo 2020.

importante. L'app *Immuni* – almeno sino ad ora – non è da annoverarsi tra i pilastri delle misure di contrasto alla pandemia, come invece era stata definita al momento del suo rilascio. Complice la scarsa propaganda politica a favore dell'app e, in particolar modo, la farraginosità del sistema che inizialmente non era integrato con il sistema sanitario nazionale e che per molti aspetti pratici necessitava di una azione delle regioni⁶⁶, l'app di *contact tracing* sinora non è risultata in grado di rispondere alle esigenze concrete per le quali era stata ideata e, pertanto, si è rivelata inefficace.

Oltre a segnalare – per il momento – la impossibilità di stabilire se il recente aggiornamento dell'applicazione possa determinare un cambiamento di rotta a livello istituzionale e sociale, si possono svolgere due osservazioni finali, una più strettamente relativa all'app *Immuni* e l'altra di ordine più generale.

Sul primo punto, la parabola sinora vissuta da *Immuni* dimostra che la sinergia tra tecnologia e attività umana è fondamentale perché le misure di contrasto alla pandemia possano raggiungere i risultati sperati.

Più in generale, è indubbiamente vero che la crisi globale che l'umanità sta affrontando non era prevedibile né ipotizzabile e che le conseguenze di tutto questo saranno notevoli⁶⁷. In tale contesto, anche le autorità si sono dunque trovate innanzi a un fenomeno in un primo momento incontrollabile e, certamente, non possono essere biasimati per la loro iniziale incertezza nelle azioni e nelle comunicazioni. Tuttavia, il perpetrarsi di informazioni poco chiare e asimmetriche ha contribuito a produrre incertezza, disinformazione e generale sfiducia.

Dunque, immaginando un avanzamento delle tecnologie a servizio dell'uomo, la sorte di *Immuni* dovrebbe servire da esempio.

Infatti, quando si parla di nuovi prodotti del mondo tecnologico indicativamente si possono ipotizzare due distinte reazioni: entusiasmo e curiosità da una parte, paura e negazione del nuovo dall'altra. «L'essere umano di fronte all'ignoto non va per il sottile allo scopo di rassicurarsi: spesso prende una cosa che sa essere falsa e la rende vera in quanto utile a tale scopo»⁶⁸. Pertanto, si tratta di reazioni istintive e connaturali all'essenza umana.

⁶⁶ Il caso più eclatante è quello della regione Veneto, quarta in Italia per numero di *download*, dove a ottobre 2020 ancora non era stata attivata la piattaforma per la gestione dei codici degli utenti. V. www.corrieredelveneto.corriere.it.

⁶⁷ Y.N. HARARI, "Yuval Noah Harari: the world after coronavirus", *Financial Times*, 20 marzo 2020: «Yes, the storm will pass, humankind will survive, most of us will still be alive – but we will inhabit a different world».

⁶⁸ F.W. NIETZSCHE, *Crepuscolo degli idoli*, 1889.

Come porre rimedio a tutto ciò? È opportuno che ogni nuova soluzione tecnologica sia accompagnata da informazioni puntuali, dettagliate e trasparenti affinché dietro ogni utente possa nascondersi un individuo consapevole (e perché no, fiducioso). Non è una regola d'oro ma potrebbe essere un buon punto di partenza.

COVID-19, stato di diritto e Convenzione europea dei diritti umani: il caso ungherese

PASQUALE DE SENA*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ambito di applicazione e carattere discriminatorio delle misure per il contenimento del COVID-19. – 3. Valutazione delle misure in base ai parametri ricavabili dall'art. 15 CEDU: necessità. – 4. (*Segue*) Proporzionalità. – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Lo scritto mira a dimostrare che le misure di emergenza contro il COVID-19, adottate dal Governo ungherese, sono in contrasto con aspetti fondamentali dello stato di diritto, dal punto di vista della Convenzione europea dei diritti umani. In primo luogo, dette misure sono discriminatorie, secondo l'articolo 1 della Convenzione, giacché esse sono preordinate a proteggere la vita e la salute dei soli cittadini ungheresi. Inoltre, esse non sono «necessarie» – secondo l'art. 15 – dato che esse si estendono alla «sicurezza giuridica e alla stabilità dell'economia nazionale». In terzo luogo, le misure in questione non sono proporzionate, sempre dal punto di vista dell'articolo 15, se è vero che esse: a) non sono limitate nel tempo; b) attribuiscono al Governo il potere di estenderle indefinitamente; c) non contemplano forme di riunione online del Parlamento (a differenza che per la Corte costituzionale), in un quadro complessivo in cui il Parlamento stesso può revocare i suddetti poteri del Governo, solo a una maggioranza dei due terzi. Chiudono il lavoro alcune considerazioni sulle deboli reazioni delle istituzioni dell'UE e degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

PAROLE CHIAVE: Misure emergenziali ungheresi – discriminatorietà – necessità e proporzionalità – reazioni dell'UE – reazioni degli Stati membri del Consiglio d'Europa – COVID-19.

1. Premessa

L'esame delle misure di emergenza votate dal Parlamento ungherese, condotto di recente sul piano del diritto costituzionale di quel Paese¹, induce a svolgere qualche riflessione “a caldo”, anche sulla conformità di dette misure rispetto all'art. 15 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU). Dico “a caldo”, non solo per l'impossibilità di condensare, in poche righe, ed in pochissimo tempo, un'analisi che richiederebbe maggiori approfondimenti; ma anche perché una valutazione precisa di tali misure

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, pasquale.desena@unipa.it; pasquale.desena@unicatt.it.

¹ S. BENVENUTI, “Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 ‘sulla protezione contro il coronavirus’”, *SIDIBlog*, 7 aprile 2020. Per ulteriori indicazioni, v., diffusamente, *infra*.

esigerebbe, evidentemente, di poterne considerare la prassi attuazione di cui allo stato non si dispone, e che resta comunque di difficile reperimento (oltre che di difficile lettura). È opportuno quindi limitarsi a qualche considerazione di carattere generale, volta a porre in rilievo le criticità delle determinazioni adottate dalle autorità ungheresi sul piano del rispetto della *rule of law* nel suo complesso, senza entrare nel merito delle specifiche violazioni di diritti fondamentali, idonee a prodursi, come pure si è tentato astrattamente di fare².

Tre sono allora gli aspetti, sui quali, in una simile prospettiva, è possibile articolare qualche riflessione, e che attengono alla valutazione delle misure in questione, sotto il profilo indicato, dal punto di vista del diritto internazionale ed europeo dei diritti umani³.

2. Ambito di applicazione e carattere discriminatorio delle misure per il contenimento del COVID-19

Il *primo* di tali aspetti concerne l'ambito soggettivo di applicazione delle misure disposte dalla legge organica⁴, dal momento che il primo comma dell'articolo 2 specifica che esse mirano a salvaguardare la sicurezza e alla salute dei soli «cittadini ungheresi». Ebbene, se si considera che tali misure trovano la loro giustificazione nell'esigenza di meglio garantire diritti, quali il diritto alla vita e il diritto alla salute – direttamente o indirettamente protetti dalla

² È questa, viceversa, la prospettiva adottata da A. GREENE, “States Should Declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to Confront the Coronavirus Pandemic”, *Strasbourg Observers*, 1° aprile 2020. Rispetto a tale prospettiva, lo scritto si distingue, come si vedrà, piuttosto nettamente.

³ Gran parte dei commenti pubblicati a stretto ridosso dell'adozione di tali misure riguardano, piuttosto, gli aspetti costituzionalistici, sui quali si sofferma anche lo scritto di S. Benvenuti poco sopra citato; fra questi, v., per esempio, M. PARDAVI, A. KÁDÁR, “Hungary Should Not Become Patient Zero. What Can Be Done about Indefinite Rule-by-Decree Power-Grabs?”, *Just Security*, 22 aprile 2020; e, ancora più in generale: T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACALA, *COVID-19 in Hungary and Poland: Extraordinary Situation and Illiberal Constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, p. 171 ss. Sulla tematica generale dell'utilità degli strumenti inquadrabili nell'ambito del Consiglio d'Europa a fronteggiare l'emergenza, v., per tutti, W. BENEDEK, *Are the Tools of the Council of Europe Sufficient to Protect Human Rights, Democracy and the Rule of Law from Backsliding?*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2020, p. 151 ss. Si vedano anche le Linee guida del Segretario generale del Consiglio d'Europa, *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis. A Toolkit for Member States*, SG/Inf(2020)11 del 7 aprile 2020.

⁴ Il testo della legge in ungherese e la traduzione in italiano sono disponibili su *Questione giustizia* al seguente link: www.questionegiustizia.it.

Convenzione – emerge chiaramente la loro radicale contrarietà alla Convenzione medesima. Una simile disposizione è, infatti, in plateale contrasto con l'art. 1 CEDU, a norma del quale i diritti enunciati vanno assicurati dagli Stati a *tutti* gli individui che si trovino nella loro giurisdizione, indipendentemente – tra l'altro – dalla loro origine nazionale. In aggiunta a ciò, non deve dimenticarsi che l'art 15 stabilisce espressamente che la deroga ai diritti stabiliti dalla Convenzione debba avvenire nel rispetto degli obblighi derivanti, per gli Stati, dal diritto internazionale. Ebbene, l'Ungheria è parte del Patto sui diritti civili e politici⁵ – che contempla, analogamente alla Convenzione europea, la protezione del diritto alla vita (art. 6)⁶ – nonché parte del Patto sui diritti economici sociali e culturali⁷ - che contempla, naturalmente, la protezione del diritto alla salute (art. 12)⁸. A questo proposito è appena il caso di ricordare che entrambi gli strumenti in questione stabiliscono che i diritti in essi enunciati debbano essere riconosciuti senza discriminazioni in base all'origine nazionale; e che, per quanto riguarda il diritto alla salute, nell'ambito del Patto sui diritti sociali, il divieto di effettuare discriminazioni, a causa dell'origine nazionale degli individui interessati, è espressamente sancito nel *General Comment No. 14*⁹.

3. Valutazione delle misure in base ai parametri ricavabili dall'art. 15 CEDU: necessità

Il *secondo* profilo su cui soffermarsi concerne, naturalmente, la *necessità* delle disposizioni restrittive contenute nella legge organica, rispetto all'emergenza in corso.

In via preliminare, va osservato che la situazione sanitaria conseguente alla diffusione del COVID-19 costituisce senz'altro una circostanza idonea a rendere conforme all'articolo 15 la decisione di adottare misure di

⁵ Dal 25 marzo 1974. Lo *status* delle ratifiche del Patto internazionale sui diritti civili e politici è disponibile su www.treaties.un.org.

⁶ Sugli obblighi degli Stati scaturenti dall'articolo 6, in tema di protezione da malattie mortali, si veda Comitato dei diritti umani, General Comment No. 36. Article 6: Right to Life, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019, par. 26

⁷ Dal 17 gennaio 1974. Lo *status* delle ratifiche del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali è disponibile su www.treaties.un.org.

⁸ Sull'articolo 12, par. 2, lettera c), concernente specificamente gli obblighi statali in tema di epidemie, si veda Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UN Doc. E/C.12/2000/4 dell'11 agosto 2000, par. 16.

⁹ Ivi, par. 18.

compressione di diritti sanciti dalla Convenzione, dal momento che tale situazione è chiaramente riconducibile alla nozione di “pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”. Né il numero limitato di contagi in Ungheria, all’epoca dell’adozione della legge¹⁰, può costituire una controindicazione a tal fine, ove si consideri: (a) che la prevenzione è senz’altro essenziale nella lotta contro la diffusione di epidemie come quella in atto, caratterizzate da fenomeni di crescita esponenziale¹¹; (b) che l’adozione di misure preventive è stata, nel caso del COVID-19, anche oggetto di appelli da parte dell’organizzazione mondiale della sanità¹²; (c) che la stessa esperienza maturata nel caso italiano – e in molti altri casi – spinge in questa direzione¹³. Non avrebbe, dunque, troppo senso discutere dell’utilizzazione del margine di apprezzamento statale in un simile contesto, ferme restando le perplessità che il riconoscimento di un’eccessiva discrezionalità agli Stati non ha mancato di suscitare nella stessa giurisprudenza della Corte¹⁴.

Ciò detto, un elemento decisamente problematico quanto alla *necessità* delle misure in esame non manca di affiorare dalla legge organica. Esso è rappresentato dal fatto che queste si estendono anche alla materia della “sicurezza giuridica e della stabilità dell’economia nazionale” (art. 2). Più esattamente, è anche in relazione a questa materia che il Governo, in virtù dell’art. 2 di detta legge – com’è stato puntualmente osservato¹⁵ – può esercitare poteri aggiuntivi rispetto a quelli già previsti dalla legge 128/2011 sulla gestione delle catastrofi naturali¹⁶.

Ebbene, se è innegabile, per un verso, che l’emergenza sanitaria in corso implichi, *di per sé*, gravissime ricadute di ordine economico e sociale, ci si può chiedere, d’altra parte, se l’esigenza della “stabilità dell’economia

¹⁰ Com’è agevolmente ricavabile dai grafici disponibili *online* su www.worldometers.info.

¹¹ Fra i tanti, v. C.A.K. KWUIMY, F. NAZARI, X. JIAO, P. ROHANI, C. NATARAJ, *Nonlinear Dynamic Analysis of an Epidemiological Model for COVID-19 Including Public Behavior and Government Action*, in *Nonlinear Dynamics*, 2020, p. 1545 ss.

¹² V. l’intervento del Direttore generale: Organizzazione mondiale della sanità, *WHO Director-General’s Opening Remarks at the Media Briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, www.who.int.

¹³ Per il caso italiano, basti guardare l’andamento dei casi giornalieri, risultante dal secondo grafico, con riferimento all’autunno-inverno 2020-2021, www.worldometers.info.

¹⁴ Trattandosi di un tema di carattere generale, oggetto di innumerevoli indagini, è sufficiente rinviare, in questa sede, a E. SOMMARIO, *Stati d’emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018, p. 45 ss.; G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 558.

¹⁵ S. BENVENUTI, “Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020”, cit.

¹⁶ Act No. CXXVIII of 2011 concerning disaster management and amending certain related acts, www.ecolex.org (testo in ungherese).

nazionale”, richiede effettivamente che sia riservato al Governo l’esercizio di poteri eccezionali anche a questo proposito. Siffatta questione ben potrebbe ricevere una risposta negativa, ove la Corte europea fosse chiamata a pronunciarsi al riguardo¹⁷. Basti considerare che una situazione di instabilità economica, conseguente all’epidemia in corso, potrebbe in realtà durare per anni, e che una simile situazione può senz’altro essere affrontata con strumenti *ordinari*, com’è ampiamente dimostrato dall’esperienza italiana, nel cui ambito misure di sostegno all’economia sono state adottate, sin dall’inizio dell’epidemia, con lo strumento del decreto-legge¹⁸, soggetto al controllo del Parlamento ai sensi dell’art. 77 della Costituzione¹⁹. Perlomeno con riferimento a questo profilo, è perciò assai dubbio che la legge organica contenga delle misure realmente *necessarie* a fronteggiare la situazione di emergenza, e, dunque, conformi all’articolo 15 della Convenzione. Risulta, invece, già da questa circostanza di carattere generalissimo, che dette misure sono (ed erano) essenzialmente preordinate ad accentrare poteri nelle mani del Governo, data la genericità dei loro presupposti.

¹⁷ Un precedente in senso contrario rispetto a quanto affermato potrebbe considerarsi Corte EDU, sentenza del 1° luglio 1961, ric. n. 332/57, *Lawless c. Regno Unito*, par. 36, in cui l’attribuzione, nel Regno Unito, di poteri straordinari di detenzione amministrativa al Governo fu ritenuta conforme all’articolo 15, proprio in ragione dell’inidoneità di una serie di misure ordinarie di limitazione della libertà personale - sia pure molto pesanti - a far fronte alla situazione. Va peraltro sottolineato che si trattava di una situazione molto diversa, concernendo un contesto terroristico esteso e radicato.

¹⁸ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”.

¹⁹ Decreti-legge, com’è noto, sono stati anche adottati per altri aspetti dell’emergenza, a partire da quello del 23 febbraio 2020. Perplexità, anche gravi - e condivisibili - sono state peraltro espresse, con riguardo alla conformità alla Costituzione di limitazioni di libertà fondamentali, affidate, nella sostanza, da tali decreti, allo strumento del d.p.c.m.: per tutti, v. M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, 2021, p. 401 ss.; più in generale, per una ricca bibliografia, riguardante principalmente, ma non solo, la situazione italiana, v. anche: F. APERIO BELLA, M. MALVICINI, *COVID-19. Raccolta di articoli, paper e blog post*, in *Federalismi.it*, 2020, www.federalismi.it. Con specifico riferimento alla Convenzione europea e alla questione della (mancata) dichiarazione di deroga *ex art. 15*, v. L. ACCONCIAMESSA, “COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU”, *Ius in itinere*, 28 marzo 2020; G. FARNELLI, *Proporzionalità ed emergenza da COVID-19 nei parametri CEDU*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, p. 97 ss., (anche per ulteriori indicazioni bibliografiche).

4. (Segue) Proporzionalità

Venendo alla questione della *proporzionalità* delle misure, un aspetto su cui si è appuntata l'attenzione di gran parte della stampa ed anche da commentatori di formazione giuridica²⁰ - è costituito dalla mancata fissazione di un limite temporale per la loro durata, come risulta dall'articolo 8 della legge organica, in virtù del quale esse saranno revocate “una volta terminata l'emergenza”²¹. Ciò si traduce, con ogni evidenza, in una differenza piuttosto marcata rispetto alla prassi italiana, in cui i – pur discussi – d.p.c.m. limitativi di libertà individuali, succedutisi nel tempo sin dal decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020²², recano tutti limiti temporali precisi, ancorché costantemente prorogati. La scelta così compiuta dal legislatore ungherese, che è senz'altro contraria all'articolo 4 del Patto sui diritti civili e politici, nell'interpretazione datane dal Comitato dei diritti umani²³, appare, a ben vedere, anche in contrasto con l'articolo 15 della Convenzione europea; e ciò, indipendentemente dalla circostanza – pure significativa – che tale scelta sia in contrasto con la raccomandazione rivolta agli Stati del Consiglio d'Europa dalla Commissione di Venezia, di limitare nel tempo le misure di emergenza²⁴.

È certamente vero che la Grande Camera della Corte, nella sentenza relativa al caso *A. e altri c. Regno Unito*²⁵, non ha mancato di notare che il requisito della temporaneità delle misure di deroga (peraltro non previsto dall'articolo 15) *non* trova autonomo riscontro nella giurisprudenza in argomento. Altrettanto vero è però che la sua mancata previsione incide, per l'appunto, sulla proporzionalità di tali misure nel nostro caso. A differenza

²⁰ Per le relative indicazioni, v. ancora S. BENVENUTI, “Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020”.

²¹ Per il testo, v. le indicazioni date *supra*, n. 2.

²² D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

²³ Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 del 31 agosto 2001, par. 2 e 4. Per un'analisi, dal punto di vista del Patto, delle limitazioni di diritti fondamentali, imposte nel corso dell'emergenza da COVID-19, v. E. RICHARDSON, C. DEVINE, *Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, 2020, p. 105 ss.

²⁴ Proprio con riferimento alla situazione ungherese e a quella croata: Consiglio d'Europa, Commissione di Venezia, *Interim Report on the measures taken in the EU Member States as a result of the COVID-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights*, CDL-AD(2020)018-e del 9 ottobre 2020, par. 47.

²⁵ Corte EDU, sentenza del 19 febbraio 2009, ric. n. 3455/05, *A e altri c. Regno Unito*, par. 178.

che nel caso appena citato, in cui la legge britannica – pur non fissando un limite temporale per l’efficacia della legislazione anti-terrorismo oggetto di scrutinio – ne contemplava una revisione annuale da parte del Parlamento²⁶, un’analogia disposizione non è, del resto, rintracciabile nei dieci articoli di cui si compone l’atto ungherese. Quanto precede risulta ancor più indicativo della sproporzione delle misure in esame, se si pensa che le azioni di contenimento di un’epidemia consentono, sia pure entro certi limiti, di prevederne e controllarne l’andamento²⁷, laddove una minore prevedibilità, e controllabilità, presenta l’evoluzione di un fenomeno, quale il terrorismo internazionale, cui si riferivano le disposizioni dell’*Antiterrorism Crime and Security Act* 2001²⁸, oggetto di esame nel giudizio poc’anzi citato. In senso analogo, può del resto richiamarsi quanto già evidenziato, ossia che la legge organica prevede che l’esercizio di poteri eccezionali riguardi anche la tutela della “stabilità dell’economia”. Ebbene, è chiaro che l’ampiezza dei poteri così previsti rende ancora più “sospetta” - sul piano della proporzionalità rispetto alla situazione di emergenza – l’assenza di limiti temporali per il loro esercizio, anche di là dei dubbi già sollevati sulla *necessità* della stessa attribuzione di simili poteri nel campo appena ricordato.

Un’ultima considerazione, sempre con riferimento alla questione della *proporzionalità*, va poi svolta proprio sul tipo di poteri conferiti al Governo da parte della legge organica. Tali poteri consistono essenzialmente nella facoltà di “sospendere l’applicazione di talune leggi” e di “introdurre deroghe a disposizioni normative”, oltre che di “adottare altre misure necessarie” ai fini protettivi già indicati²⁹. Allo stesso tempo, si prevede che il Parlamento sia informato di siffatte misure³⁰, senza però che risultino prescritte forme di adunanza del Parlamento stesso, alternative a quelle tradizionali (ad es., telematiche), a differenza di quanto è invece espressamente previsto per le sedute della Corte costituzionale³¹.

Malgrado l’attività del Parlamento non sia stata *formalmente* sospesa³², può dirsi che la prospettiva di una *sostanziale* sospensione dei poteri dell’organo legislativo – chiaramente emergente da un simile stato di cose – sia conforme alla Convenzione, anche dal punto di vista del rispetto dell’art. 3,

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sul punto, v. *supra*, par. 3, n. 11.

²⁸ Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001, www.legislation.gov.uk.

²⁹ Ancora S. BENVENUTI, “Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020”, cit.

³⁰ Art. 4 (tramite il suo Presidente e i capi dei gruppi parlamentari).

³¹ Art. 5, par. 2.

³² V. ancora Consiglio d’Europa, Commissione di Venezia, CDL-AD(2020)018-e, cit., par. 64 (anche per una rassegna della situazione di altri Paesi).

del Protocollo 1? Ancorché quest'ultima disposizione non rientri fra quelle inderogabili, ai sensi dell'articolo 15³³, dubbi molto consistenti non mancano di porsi relativamente al caso ungherese, alla luce delle pur scarse indicazioni ricavabili dalla prassi in argomento, in particolare dal rapporto della Commissione europea dei diritti umani nel celebre caso greco. In un *obiter dictum* ivi contenuto³⁴, la sospensione dell'attività di un'assemblea parlamentare in un periodo di emergenza continuata, pur essendo giudicata lesiva della Convenzione con specifico riferimento al caso della Grecia dei colonnelli, non venne tuttavia scartata in termini assoluti, ritenendosi, piuttosto, che una simile ipotesi sia da valutarsi, esattamente nel quadro del giudizio di proporzionalità sulle misure di deroga³⁵. Proprio un giudizio di tal tipo potrebbe però condurre, anche sotto il profilo in esame, ad un esito negativo, ove ad esso fosse (stata) sottoposta la legge organica del 30 marzo scorso; e ciò, non solo in ragione di quanto già si è visto con riferimento alla sospensione dei poteri parlamentari per motivi di "stabilità dell'economia nazionale"³⁶. Mi sembra, infatti, che l'assenza di un termine di durata dell'emergenza, in uno con la mancata previsione di forme alternative di riunione del Parlamento in caso di necessità, costituiscano, perlomeno *prima facie*, circostanze potenzialmente idonee a porre nel nulla la possibilità di un esercizio *effettivo* di controllo democratico sui poteri esercitabili dal Governo, rischiando dunque di rendere puramente *formali* gli obblighi di comunicazione che pure sono prescritti. Per effetto di queste due circostanze, nell'ipotesi di un'impossibilità di riunirsi (causata dalle misure di contenimento dell'epidemia), il Parlamento – già privato, in virtù dell'art. 3, par. 1 della legge, del potere di pronunciarsi sui decreti adottati dal Governo *sino*

³³ V., però, in senso contrario, lo studio: Consiglio d'Europa, Commissione di Venezia, *Emergency Powers*, CDL-STD(1995)012 del 1995, p. 25, in cui, ad esito di un'analisi accurata delle costituzioni dei Paesi del Consiglio d'Europa, si affermava: «It may be recommended that the emergency situations capable of giving rise to the declaration of states of emergency should be clearly defined and delimited by the constitution and in all cases there should be a parliamentary monitoring mechanism on the declaration and extension (and termination) of states of emergency. Almost all constitutions contain provisions on a parliamentary control mechanism, and in some constitutions there are also special procedures for legislative control».

³⁴ Commissione EDU, rapporto del 5 novembre 1969, ric. n. 3321/67, 3322/67, 3327/67 e 3344/67, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Olanda c. Grecia (caso greco)*.

³⁵ Ivi, par. 321. V. anche, al riguardo, M. STARITA, *Art. 3 Protocollo 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 852.

³⁶ *Supra*, par. 3.

*alla fine dell'emergenza*³⁷ – rischierebbe, insomma, di vedersi *di fatto* privato, e *sine die*, del potere *effettivo* di revocare l'autorizzazione ad emanare tali decreti, pure formalmente previsto dal par. 2 dell'art. 3.

Una simile preoccupazione risulta, del resto, tanto più verosimile, se solo si tiene conto di una circostanza di fondo, concernente quest'ultimo potere, alla luce di una specifica caratteristica dell'ordinamento costituzionale ungherese. Com'è stato puntualmente sottolineato, la disposizione che attribuisce al Governo il potere di estendere la durata dell'emergenza rientra, infatti, fra quelle per la cui abrogazione è necessaria una maggioranza di 2/3 del Parlamento³⁸. E ciò, con l'ovvia conseguenza che, data l'ampiezza dell'attuale maggioranza di governo, la facoltà di revocare l'autorizzazione ad emanare decreti emergenziali risulta(va), già in partenza, più... virtuale che reale.

5. Considerazioni conclusive

Anche a voler limitare l'analisi della legislazione di emergenza ungherese ai pochi aspetti qui esaminati, è evidente che essa presenta più di un aspetto critico dal punto di vista del rispetto di principi fondamentali dello stato di diritto, così come tali principi si configurano nella Convenzione europea. Ciò non può peraltro stupire, dato il quadro complessivo nel quale l'adozione di detta legislazione si inserisce. A parte la questione recente del trattamento delle persone transessuali³⁹, è appena il caso di ricordare che, nello stesso periodo cui ci si riferisce, l'Ungheria, insieme alla Polonia, è stata soggetta ad una procedura *ex art. 7*, par. 1 TUE, attivata per iniziativa del Parlamento europeo, riconosciuta come legittima anche dalla Corte di giustizia⁴⁰. È evidente, allora, che le considerazioni qui sviluppate sono, purtroppo, pienamente in linea con un quadro di tal fatta.

³⁷ Peraltro, in palese contrasto con l'art. 53 della nuova Legge fondamentale del 25 aprile 2011 (il cui testo in italiano è disponibile su www.licodu.cois.it). Sul punto, v. ancora S. BENVENUTI, "Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020, cit.

³⁸ G. HALMAI, K.L. SCHEPPELE, "Don't Be Fooled by Autocrats! Why Hungary's Emergency Violates Rule of Law", *Verfassungsblog*, 22 aprile 2020.

³⁹ Per indicazioni riguardo al processo di adozione di una legge sull'eliminazione del riconoscimento giuridico delle persone transessuali, che si svolgeva nei medesimi giorni, v. S. WALKER, "Hungary Votes to End Legal Recognition of Trans People", *The Guardian*, 19 maggio 2020.

⁴⁰ CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, C-650/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*.

Quel che invece stupisce è un'altra circostanza, che riguarda tanto l'atteggiamento dell'Unione europea, che quello degli Stati membri del Consiglio d'Europa e della Convenzione.

A proposito dell'Unione europea, è facile osservare che le reazioni istituzionali rispetto all'adozione delle misure ungheresi si sono rivelate estremamente blande⁴¹. Né può omettersi di aggiungere che tale atteggiamento sembra in linea con la grande – e, in parte, necessitata – prudenza che caratterizza il regolamento in tema di condizionalità⁴², adottato nel quadro della procedura relativa al QFP (in cui si dono inseriti gli atti relativi al c.d. “Recovery Fund”); regolamento, quest'ultimo, che non ha mancato di suscitare vivaci critiche, proprio per la sua impronta restrittiva⁴³.

Quanto al Consiglio d'Europa, malgrado il Segretario generale avesse preso una netta posizione critica rispetto al disegno di legge ungherese, ancor prima che esso fosse approvato dal Parlamento⁴⁴, nessuna particolare reazione è venuta dagli Stati dell'organizzazione. In particolare, nessuno di tali Stati ha mostrato di essere interessato a far ricorso allo strumento del ricorso interstatale, a dispetto del fatto che tale strumento abbia vissuto, di recente, una crescente utilizzazione, sia pure nel contesto di controversie piuttosto peculiari⁴⁵.

Stante il carattere “fondamentissimo” dei principi dello stato di diritto, tanto nel contesto dell'Unione, che in quello del Consiglio d'Europa, non vi

⁴¹ Si tratta, in particolare, della dichiarazione della Presidente della Commissione, rilasciata proprio il 31 marzo 2020; v. Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on emergency measures in Member States*, 31 marzo 2020, www.ec.europa.eu, sulla quale, v. anche Editorial comments, *Disease and Recovery in (COVID-Afflicted) Europe*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 619 ss., p. 626, nonché F. CASOLARI, “La protezione dello stato di diritto nell'Unione-europea ai tempi del coronavirus: se non ora quando?”, *SIDIBlog*, 7 aprile 2020.

⁴² Regolamento (UE, Euratom) n. 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

⁴³ Per esempio: M. STEINBEIS, “If That’s the Happy Ending, Could I Have Another Look at the Unhappy Ending, Please?”, *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020, e A. ALEMANNI, M. CHAMON, “To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It”, *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020; per un’analisi più ampia, v. F. CASOLARI, *Lo stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 285 ss., p. 303 ss.

⁴⁴ Si tratta della lettera ufficiale, inviata al Primo Ministro ungherese dal Segretario generale del Consiglio d'Europa, Marija Pejčinović Burić, il 24 marzo 2020, www.rm.coe.int.

⁴⁵ E cioè, di controversie essenzialmente riguardanti questioni territoriali: G. ULFSTEIN, I. RISINI, “Inter-State Applications under the European Convention on Human Rights: Strengths and Challenges”, *EJIL Talk!*, 24 gennaio 2020.

è chi non veda, allora, che una simile situazione, oltre a stupire, è destinata senz'altro a preoccupare, in un periodo storico come quello in corso⁴⁶.

⁴⁶ Per un quadro ampio, v. U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (a cura di), *Constitutionalism Under Stress. Essays in Honour of Wojciech Sadurski*, Oxford, 2020.

SEZIONE III

La crisi sanitaria nel diritto dell'Unione europea: sviluppi e opportunità

Contrasto alla disoccupazione e il principio di solidarietà nell'Unione europea

ROBERTO BARATTA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La proposta italiana del 2015 di un fondo europeo permanente per il contrasto alla disoccupazione. – 3. I paradigmi normativi di riferimento della proposta: le norme in materia di coesione economica, sociale e territoriale. – 4. Conclusioni: la coerenza con i Trattati vigenti.

ABSTRACT: Nell'aprile 2020 la Commissione ha proposto la costituzione di un nuovo strumento finanziario finalizzato a sostenere gli Stati membri nelle spese generate dalle misure nazionali di lotta alla disoccupazione a seguito della pandemia. Nel rammentare una proposta avanzata al riguardo nel 2015 dall'allora Governo italiano, lo scritto individua le basi giuridiche che potrebbero essere utilizzate, a Trattati invariati, per far sì che l'Unione si doti di un fondo permanente per la lotta alla disoccupazione. Ciò sarebbe in linea con l'idea di solidarietà tra gli Stati membri che è uno dei valori normativi più preziosi sottesi al processo di integrazione europea, almeno per coloro che ne condividono gli ideali originari.

PAROLE CHIAVE: Fondo europeo per la lotta alla disoccupazione – basi giuridiche a Trattati invariati – principio di solidarietà quale valore normativo dell'Unione – coesione economica, sociale e territoriale – coerenza – pandemia.

1. Introduzione

Il 2 aprile 2020 la Commissione ha proposto l'adozione di un regolamento relativo a un nuovo strumento finanziario fondato sull'art. 122 TFUE, denominato *Support to Mitigate Unemployment Risks in an Emergency Regulation* e destinato a elargire prestiti agli Stati membri per sostenere la spesa generata dalle misure contro la disoccupazione¹. Si tratta di un'azione emergenziale, inerente a tale base giuridica². L'Unione si dota di risorse finanziarie reperite sui mercati internazionali (garantite dagli Stati membri) al fine di alleviare i gravi fenomeni di disoccupazione che si profilano all'orizzonte come una delle conseguenze più nefaste dell'attuale emergenza sanitaria. La

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre, roberto.baratta@uniroma3.it.

¹ Cfr. la proposta di regolamento del Consiglio che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE) a seguito della pandemia di COVID-19, COM(2020) 139 final.

² In argomento, v. anche F. COSTAMAGNA, "La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 ('Sure'): un passo nella direzione giusta, ma ce da solo non basta", *SIDIBlog*, 5 aprile 2020.

Commissione ha nel contempo assicurato che tale iniziativa (di natura temporanea e limitata al COVID-19 *outbreak*) non pregiudica la possibilità di istituire in futuro un autentico Fondo europeo di contrasto alla disoccupazione su differenti basi giuridiche previste dai Trattati, al momento non precisate³. Lo strumento è stato infine adottato nel maggio 2020⁴.

2. La proposta italiana del 2015 di un fondo europeo permanente per il contrasto alla disoccupazione

Conviene ricordare che la proposta di costituire un *Unemployment Insurance Scheme* a livello europeo era già stata avanzata nel 2015, dinanzi all'Eu-rogruppo, dall'allora Ministro Padoan⁵. Lo *Scheme* avrebbe dovuto affiancarsi ai sistemi nazionali in modo permanente e complementare. Sebbene avesse una fisionomia aperta ai contributi altrui, lo *Scheme* si concentrava sulla natura indiretta e sussidiaria del fondo, che non si sarebbe sostituito ai meccanismi nazionali di contrasto alla disoccupazione, integrandoli soltanto in caso di necessità dello Stato richiedente.

La proposta italiana sosteneva la fattibilità di un simile strumento senza dover passare per la riforma dei Trattati o per la conclusione di un accordo internazionale *ad hoc* tra Stati. Entrambe le strade – suggerite allora da osservatori reticenti alla creazione di un simile strumento, tra cui la stessa Commissione⁶ – erano e restano naturalmente oggi percorribili, con tempi peraltro poco conciliabili con la situazione di emergenza occupazionale in atto; perciò, sono scarsamente appetibili, vista la gravità della crisi economico-sociale che colpisce simmetricamente, seppure in misura differente, i Paesi europei.

Le seguenti riflessioni rammentano la proposta italiana dell'epoca, ripropongono alcune idee allora suggerite e si concentrano sull'esistenza di sufficienti basi giuridiche nei Trattati attuali, le quali si prestano ad essere

³ V. p. 3 della menzionata proposta di regolamento.

⁴ V. regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di COVID-19; cfr. L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di Sure e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 169 ss. anche per ulteriori riferimenti.

⁵ V. J. POLITI, "Italy pushes for eurozone jobless insurance scheme", *Financial Times*, 5 ottobre 2015.

⁶ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Potenziare la dimensione sociale dell'Unione economica e monetaria*, COM(2013) 690 final.

interpretate in modo da permettere alle istituzioni di costituire un fondo permanente per la lotta alla disoccupazione. Esse non si estendono alle modalità di finanziamento, né alle condizioni di accesso al medesimo, né al suo concreto funzionamento; la disciplina di questi complessi profili nel contesto attuale dipenderà semmai dagli equilibri politici che si determineranno, se del caso, a suo tempo.

3. I paradigmi normativi di riferimento della proposta: le norme in materia di coesione economica, sociale e territoriale

I paradigmi normativi di riferimento possono essere individuati nel titolo XVIII del TFUE, e in specie nelle disposizioni che permettono di promuovere lo sviluppo armonioso dell'Unione nel suo insieme con azioni intese a «realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale» (art. 174, comma 1, TFUE), anche al fine di ridurre il divario con le regioni europee meno favorite (art. 174, comma 2, TFUE). Se è vero che le politiche economiche nazionali sono chiamate a conformarsi a tali obiettivi, non è meno vero che l'Unione può condurre in propriopolitiche e azioni di sostegno, tanto è vero che certi fondi a finalità strutturale sono menzionati (art. 175, comma 1, TFUE) e che alla Commissione è chiesto di relazionare sui progressi compiuti in questo settore (art. 175, comma 2, TFUE)⁷.

In tale contesto normativo l'art. 175, comma 3, TFUE, assume un valore significativo, consentendo all'Unione di adottare *azioni specifiche* con legislazione ordinaria. Si consideri poi che l'art. 175 TFUE non precisa, né definisce le forme di *azione specifiche* che l'Unione può assumere, deferendo così al legislatore un certo margine di valutazione tenuto conto delle necessità di ordine politico, economico e sociale. Non vi è motivo per escludere che, in quest'area di competenza, l'Unione europea possa adottare una sua azione autonoma per rafforzare la coesione economica e sociale tramite strumenti gestiti direttamente in sede europea⁸. La natura composita della

⁷ In materia di coesione economica, sociale e territoriale la bibliografia è vasta: v., tra gli altri, W. MOLLE, *European Cohesion Policy*, New York, 2008; O. PORCHIA, *Articoli 174 TFUE ss.*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2^a ed., Milano, 2014, p. 1572 ss.; A. PREDIERI (a cura di) *Fondi strutturali e coesione economica e sociale nell'Unione europea*, Milano, 1996; R. SAPIENZA (a cura di), *Politica comunitaria di coesione economica e sociale e programmazione economica regionale*, Milano, 2003. V. anche in tema di politica sociale C. BARNARD, *EU 'Social' Policy: From Employment Law to Labour Market Reform*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds), *The Evolution of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2011, p. 641 ss., in particolare p. 676 ss.

⁸ Cfr. CGUE, sentenza del 3 settembre 2009, C-166/07, *Parlamento c. Consiglio*, punti 45-46.

politica di coesione economica e sociale e la generalità dei compiti affidati all'Unione rendono flessibili i contorni di quest'area di competenza⁹. È ragionevole prospettare che l'azione *specificata* non poteva, né avrebbe potuto essere decisa *ex ante* dai redattori del Trattato, dato che per definizione gli interventi in questo settore devono essere elaborati in funzione di bisogni economici e sociali imprevisti e imprevedibili, come l'attuale emergenza sanitaria e sociale dimostra. Se così è, non vi è alcuna ragione per escludere che l'Unione possa dotarsi di uno strumento di protezione dei lavoratori disoccupati, agendo ai sensi dell'art. 175, comma 3, TFUE.

Sarebbe teoricamente prospettabile che un simile strumento fosse circoscritto ai soli Stati membri della zona euro. In questo caso la base giuridica concorrente dovrebbe essere reperita nell'art. 136 (e l'art. 121) TFUE, a norma del quale il Consiglio può adottare «misure concernenti gli Stati membri la cui moneta è l'euro» al fine, tra l'altro, di «rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio». In questo caso lo strumento in questione diverrebbe una sorta di *flanking economic measure* di ausilio per contrastare la disoccupazione. Anche da questo punto di vista, nulla impedisce all'Unione di adottare meccanismi di riequilibrio a fronte di crisi economiche e sociali acute e diffuse negli Stati parti dell'eurozona o anche soltanto di loro specifiche regioni per indurre gli uni e le altre a convergere, tramite le opportune riforme, verso livelli economici e sociali più prossimi alle aree più sviluppate dell'Unione¹⁰. Se un simile indirizzo prevalesse all'interno delle istituzioni, non potrebbe escludersi che condizioni più o meno rigorose (le c.d. riforme economiche e delle politiche del lavoro) possano associarsi all'utilizzo del fondo, appunto perché esso sarebbe diretto a «rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio». Il punto dirimente sarebbe non tanto *l'an* bensì il *quomodo* e in particolare le condizionalità sulle riforme interne.

Quali che siano le modalità di accesso al fondo, non c'è dubbio che una simile misura possa e debba avere un carattere principalmente sociale, caratterizzandosi in termini di sviluppo armonioso della coesione sociale dell'Unione. Assume rilievo decisivo al riguardo il fatto che uno dei fondamenti della costruzione europea risiede esattamente nel duplice obiettivo di lottare contro l'esclusione sociale (art. 3, par. 3, comma 2 TUE) e di promuovere «la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri» (art. 3, par. 3, comma 3, TUE). La disposizione evoca l'idea

⁹ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 2 aprile 2009, C-166/07, *Parlamento c. Consiglio*, punto 82.

¹⁰ Ivi, punto 92.

di solidarietà tra gli Stati membri che è uno dei valori normativi più preziosi sottesi al processo di integrazione, almeno per coloro che ne condividono gli ideali originari, peraltro spesso smarriti nel recente passato. Il fondo potrebbe e dovrebbe essere costruito intorno al principio solidaristico.

Un'ultima osservazione al fine di tenere conto delle possibili ritrosie che aleggiano intorno alla istituzione di un fondo permanente contro la disoccupazione. In via di *extrema ratio*, qualora si ritenga che l'art. 175 TFUE sia in sé una base giuridica non autosufficiente, si potrebbe pensare alla clausola di flessibilità (art. 352 TFUE) per supplire alla presunta carenza di uno specifico potere in capo all'Unione. Questa tesi presuppone che, sebbene l'Unione abbia competenza in materia di coesione economica e sociale, la creazione di un nuovo strumento sociale di contrasto alla disoccupazione richieda un ulteriore ancoraggio normativo nella clausola di flessibilità. Se fosse questa tesi a prevalere, la creazione del fondo non porrebbe difficoltà insormontabili. Non è qui in gioco l'adozione di una misura che eccede le competenze dell'Unione: al contrario, come si è visto, le disposizioni in materia di coesione economica e sociale dimostrano che così non è, trattandosi al più di supplire alla carenza di uno specifico potere di azione, in linea con la portata dell'art. 352 TFUE, ormai chiarita dalla Corte di giustizia e al principio di attribuzione¹¹. Tuttavia, è evidente come l'applicazione della clausola richiederebbe l'approvazione dell'atto in Consiglio all'unanimità, con i vantaggi dell'accresciuta legittimazione politica e gli svantaggi dei conseguenti rischi di veto che potrebbero riguardare anche soltanto le modalità di funzionamento del fondo. In termini procedurali, infatti, la sua costituzione dovrebbe essere approvata congiuntamente a norma dell'art. 175, comma 3, TFUE e dell'art. 352 TFUE, rispettando sì la procedura legislativa ordinaria, ma con la *correzione* del meccanismo di voto in seno al Consiglio che sarebbe chiamato approvare l'atto all'unanimità¹².

¹¹ V. CGUE, parere 2/94, del 28 marzo 1996, punti 29-30; sentenza del 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*, punti 211-216. Riguardo alla clausola di flessibilità v. R. BARRATA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 517 ss.; C. LEBECK, *Implied Powers Beyond Functional Integration? The Flexibility Clause in the Revised EU Treaties*, in *Journal of Transnational Law and Policy*, 2008, p. 307 ss.; V. MICHEL, 2004: *le défi de la répartition des compétences*, in *Cahiers de droit européen*, 2003, p. 17 ss.; S. WEATHERILL, *Article 308 EC as the Outer Limit of Expressly Conferred Community Competence*, in C. BERNARD, O. ODUDU (eds), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 17 ss.

¹² V. CGUE, *Parlamento c. Consiglio*, C-166/07, cit., punto 69.

4. Conclusioni: la coerenza con i Trattati vigenti

In conclusione, la costituzione di un fondo europeo permanente contro la disoccupazione non è incompatibile con i Trattati vigenti. Altre soluzioni potrebbero prospettarsi: la proposta di regolamento *SURE* ne è la prova e potrebbe diventare tra qualche anno uno strumento permanente, così come è avvenuto quando in passato si attivò l'art. 122 TFUE con lo ESFM. Come si auspicava nell'aprile 2020 quando il presente scritto fu pubblicato per la prima volta nel blog della SIDI, le Istituzioni sono state rapidissime ad approvare detto regolamento, sebbene i Governi abbiano dovuto attendere molti mesi prima che le risorse necessarie fossero a loro disposizione¹³.

L'Unione può agire, a Trattati invariati, contro la disoccupazione tramite strumenti permanenti. Si tratta di una risposta seria, solidale, in linea con i crescenti bisogni sociali dei cittadini europei e che contribuirebbe a riavvicinarli ad una concezione nobile del processo di integrazione europea¹⁴. Resta che uno strumento permanente avrebbe potuto essere in vigore da qualche anno se si fosse dato ascolto alla proposta italiana del 2015. Dobbiamo sperare che l'Unione continui a mostrarsirealmente prossima ai suoi cittadini.

¹³ La tesi suggerita su *SIDIBlog* ha iniziato ad avere le prime adesioni: cfr. L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma*, cit., p. 184.

¹⁴ Sulla necessità che la politica sociale affronti anche il tema della disoccupazione cfr. ad esempio C. BARNARD, *EU 'Social' Policy*, cit., p. 676 ss.

L'approccio “pandemico” alla politica di concorrenza

LUCA CALZOLARI*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il sostegno pubblico all'economia per fronteggiare gli effetti economici della pandemia: il “rilassamento” del controllo sugli aiuti di Stato. – 3. Gli art. 101 e 102 TFUE ai tempi del COVID-19: la comunicazione dell'8 aprile 2020 e il “ritorno” delle c.d. *comfort letters*. – 4. Pandemia e concentrazioni: dalle difficoltà di *enforcement* alla “prima volta” del COVID-19 nell'analisi antitrust.

ABSTRACT: Il contributo esamina le prime misure adottate, fra marzo e aprile 2020, dalla Commissione e da talune Autorità nazionali della concorrenza per cercare di “adattare” con tempestività la politica di concorrenza dell'Unione europea al nuovo scenario delineato dalle prime fasi della crisi pandemica globale. Particolare attenzione è dedicata ai c.d. Quadri temporanei adottati dalla Commissione per guidare l'applicazione ai tempi del COVID-19 tanto degli art. 101 e 102 TFUE quanto degli art. 107 e 108 TFUE. Sotto il profilo degli aiuti di Stato, la Commissione ha ritenuto fin da subito opportuno ammorbidire i vincoli che l'appartenenza all'Unione europea normalmente comporta per l'intervento pubblico in economia in modo da non ritardare e possibilmente favorire la spesa pubblica degli Stati membri per fronteggiare gli effetti economici della crisi pandemica. Con riguardo ai divieti di condotte collusive e abusive unilaterali, la Commissione ha invece cercato di bilanciare due interessi divergenti: la prosecuzione delle attività di *enforcement* degli art. 101 e 102 TFUE cosicché non ne fosse compromessa l'efficacia deterrente e la consapevolezza che le eccezionali condizioni di mercato determinate dalla crisi pandemica avrebbero potuto rendere necessario un maggiore grado di cooperazione fra le imprese specie in taluni settori economici. Riconoscendo dunque che la pandemia non avrebbe che potuto dare corso a un'applicazione derogatoria ed emergenziale delle regole antitrust, la Commissione ha altresì ritenuto opportuno “rispolverare” uno strumento del passato e cioè le c.d. “*comfort letters*” mediante cui guidare, in modo informale, la condotta delle imprese in questo scenario eccezionale.

PAROLE CHIAVE: Concorrenza – aiuti di stato – antitrust – pandemia – COVID-19 – quadro temporaneo.

1. Premesse

La pandemia di c.d. COVID-19 non poteva che influenzare anche la politica di concorrenza. A partire da marzo 2020, molteplici Autorità della concorrenza hanno in effetti fornito linee guida sulle modalità e priorità di *enforcement* in questo frangente. Data la portata globale della pandemia, si tratta di un fenomeno ovviamente non limitato all'ordinamento UE ma che interessa

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino, luca.calzolari@unito.it.

le autorità di molteplici Paesi: dalle autorità statunitensi¹, a quelle di Hong Kong, Sud Africa, Messico, Brasile e Islanda², per citarne alcune.

Anche la letteratura ha iniziato fin da subito a evidenziare la necessità che le regole di concorrenza siano adattate alla pandemia per sostenere economia e occupazione e che l'*enforcement* sia ricalibrato verso gli illeciti anti-trust (collusivi o unilaterali) finalizzati ad approfittare della crisi³.

L'approccio "pandemico" interessa tutti gli ambiti della politica di concorrenza (latamente intesa), e quindi aiuti di Stato, antitrust e concentrazioni.

2. Il sostegno pubblico all'economia per fronteggiare gli effetti economici della pandemia: il "rilassamento" del controllo sugli aiuti di Stato

Secondo le prime stime del Fondo Monetario Internazionale, già ad aprile 2020 era chiaro che alla pandemia sarebbe seguita una recessione con contrazione del PIL su base annua pari almeno al 3 per cento a livello globale, al 7.5 per cento nell'Eurozona, e al 9 per cento in Italia⁴.

In attesa di misure unionali più incisive rispetto a quelle già adottate o

¹ Cfr. Department of Justice, Federal Trade Commission, *Joint antitrust statement regarding COVID-19*, policy statement del marzo 2020.

² Cfr., rispettivamente, Hong Kong Competition Commission, *Statement by the Competition Commission regarding the COVID-19 outbreak*, policy statement del 27 marzo 2020; South Africa Competition Commission, *COVID-19: measures during state of national disaster and nationwide lockdown*, comunicato stampa del 24 marzo 2020; Comisión Federal de Competencia Económica, *COFECE's position for enforcing the Federal Economic Competition Law in light of the current health emergency*, policy statement n. COFECE-012-2020; Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Cade approves resolution authorizing virtual judgment session*, comunicato stampa del 2 aprile 2020; Samkeppniseftirlitið, *COVID-19: Application of competition rules and competition enforcement in crisis*, comunicato stampa 22 marzo 2020.

³ Fra i primi contributi in argomento v. P. MANZINI, *Emergenza e concorrenza*, in *I post di AISDUE*, 2020, p. 32 ss.; F. COSTA-CABRAL, L. HANCHER, G. MONTI, A. RUIZ FEASES, *EU Competition Law and COVID-19*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-007; E. LATORRE, *COVID-19 e regole di concorrenza. Rilievi nelle risposte della Commissione europea ad una pandemia globale*, in *Eurojus*, 2020, p. 128 ss. In aggiunta, v. anche i contributi di cui al numero speciale *Competition law in times of crisis – tackling the COVID-19 challenge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020.

⁴ Fondo Monetario Internazionale, *World Economic Outlook: The Great Lockdown*, Washington, aprile 2020. Come noto, tali stime si sono poi rivelate fin troppo prudentziali e, ad ottobre 2020, lo stesso Fondo Monetario Internazionale ha previsto una recessione del 4.4 per cento a livello globale, dell'8.3 per cento nell'Eurozona e del 10.6 per cento in Italia (Fondo Monetario Internazionale, *World Economic Outlook: A Long and Difficult Ascent*, Washington, ottobre 2020).

in discussione durante le primissime fasi della crisi pandemica⁵, tali dati rendono evidente che l'Unione europea doveva, quantomeno, astenersi dall'ostacolare misure unilaterali di supporto all'economia e all'occupazione da parte dei singoli Stati membri. In altri termini, la necessità di fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia ha reso immediatamente evidente la necessità di “ammorbire” il controllo sugli aiuti di Stato.

Dopo una breve consultazione con gli Stati membri⁶, il 19 marzo 2020 la Commissione ha adottato una comunicazione recante il “Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19”⁷ (il “Quadro temporaneo”), modificato per la prima volta il 3 aprile 2020⁸.

⁵ Il riferimento è a misure quali lo strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (c.d. SURE) e, soprattutto, il c.d. *Next Generation EU*, poi adottate solo successivamente rispetto al momento in cui è stato inizialmente scritto il presente contributo (v. rispettivamente regolamento (UE) n. 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19 e Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, sul piano per la ripresa e sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027). Per un primo commento alle proposte, v. F. COSTAMAGNA, “La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia COVID-19 (‘SURE’): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta”, *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; R. BARATTA, in questo Volume. Per ulteriori riferimenti alle misure definitive v. L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, A. VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Torino, 2021, p. 169 ss.

⁶ V. la dichiarazione della Vicepresidente esecutiva Margrethe Vestager sul progetto di proposta di un quadro di riferimento temporaneo in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'epidemia di COVID-19, 17 marzo 2020.

⁷ Comunicazione della Commissione del 19 marzo 2020, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM (2020) 1863 final. In argomento v. anche M. MEROLA, A. COGONI, *Emergenza COVID-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni esfide*, in *Eurojus*, 2021, p. 49 ss.; N. ROBINS, L. PUGLISI, L. YANG, *State Aid Tools to Tackle the Impact of COVID-19: What Is the Role of Economic and Financial Analysis?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 137 ss.; V. AHLQVIST, A. CLAICI, S. TZIK, *How to Estimate the COVID-19 Damages? Economic Considerations for State Aid During a Time of Crisis*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 150 ss.

⁸ Cfr. comunicazione della Commissione del 3 aprile 2020, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, COM (2020) 2215 final. Invero, il quadro temporaneo è stato in seguito più volte modificato in data 8 maggio, 29 giugno e 13 ottobre 2020, nonché il 21 gennaio 2021 (comunicazione della Commissione dell'8 maggio 2020, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19*, COM (2020) 3156 final; comunicazione della Commissione del 29 giugno 2020, *Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19*, COM (2020) 4509 final; comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2020, *Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia*

Premesso che il TFUE già permette di per sé agli Stati membri di fronteggiare (anche) gli effetti economici del COVID-19, in virtù tanto della deroga *de iure* di cui all'art. 107, par. 2, lett. b, TFUE per gli aiuti in caso di calamità o eventi eccezionali, quanto della deroga discrezionale *ex art.* 107, par. 3, lett. b, TFUE per gli aiuti che rimediano a gravi turbamenti dell'economia, con l'adozione del Quadro temporaneo la Commissione intende "autolimitare" la propria discrezionalità e predeterminare le misure compatibili con l'art. 107, par. 3, lett. b, TFUE. Come chiarito dallo stesso Quadro temporaneo⁹, l'emergenza COVID-19 non ha pertanto portato la Commissione a rinunciare al controllo preventivo che le spetta in base ai Trattati: l'obiettivo è piuttosto quello di "standardizzare" la risposta degli Stati membri così da accelerare l'approvazione degli aiuti in seguito alla notifica *ex art.* 108, par. 3, TFUE.

La comunicazione relativa al Quadro temporaneo individuava inizialmente cinque categorie di misure ammesse all'esenzione temporanea. Il *trait d'union* è la loro funzionalizzazione all'esigenza di garantire liquidità alle imprese durante la pandemia: si tratta di aiuti concessi mediante (i) sovvenzioni dirette, anticipi o agevolazioni fiscali, (ii) garanzie sui prestiti, (iii) prestiti agevolati, (iv) garanzie e prestiti veicolati, nonché (v) crediti all'esportazione. Con la prima revisione del Quadro temporaneo si aggiungono le misure di (vi) supporto all'attività di R&D e volta ad aumentare la produzione di beni necessari per fronteggiare la pandemia, nonché di (vii) salvaguardia dell'occupazione¹⁰.

Il numero di aiuti dichiarati compatibili certifica il buon funzionamento e l'immediato effetto pratico del Quadro temporaneo. Nel primo mese di funzionamento del meccanismo, infatti, sono stati autorizzati (o ri-autorizzati in seguito a estensioni) 59 regimi di aiuto; di questi, soltanto 8 in base ai soli art. 107, par. 2, lett. b, e 107, par. 3, lett. b, TFUE, mentre i restanti –

nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, COM (2020) 7127 final; comunicazione della Commissione del 21 gennaio 2021, *Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine*, COM (2021) 564 final.

⁹ Cfr. COM (2020) 1863 final, cit., punto 16.

¹⁰ Cfr. COM (2020) 2215 final, cit., punti 16 e ss.

anche o solo – in base al regime speciale di cui al Quadro temporaneo¹¹.

Sotto il profilo geografico, a fine aprile 2020 tutti gli Stati membri hanno già predisposto e sottoposto alla Commissione regimi di aiuto legati alla pandemia¹²; con ciò confermando che il supporto pubblico all'economia ai tempi del COVID-19 è un interesse comune di (quasi) tutti gli Stati membri o *ex tali*¹³.

Anche l'Italia ha beneficiato fin da subito del Quadro temporaneo. In aggiunta a una misura di supporto alla produzione di materiale sanitario¹⁴, la Commissione ha approvato le principali misure economiche adottate nei primi mesi del 2020 e che hanno trovato ampio spazio anche sui media: dalle “Misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese colpite dall'epidemia di COVID-19” di cui all'art. 56 del c.d. decreto “cura Italia”¹⁵, ai meccanismi di garanzia e sostegno del c.d. “decreto liquidità” in favore di lavoratori autonomi, PMI e società a media capitalizzazione¹⁶, nonché al più

¹¹ La lista degli aiuti autorizzati è costantemente aggiornata dalla Commissione. I dati relativi al primo mese di funzionamento del Quadro temporaneo (periodo con riguardo al quale è stato inizialmente scritto il presente contributo) vanno pertanto estrapolati dai dati complessivi ad oggi disponibili che, ad ogni modo, confermano il successo del meccanismo. Ad esempio, prendendo a riferimento i dati disponibili fino al 6 aprile 2021, a fronte di oltre 500 misure autorizzate (o ri-autorizzate, dopo un'estensione), circa 80 sono state approvate in base ai soli art. 107, par. 2. lett. b, e 107, par. 3, lett. b. TFUE, mentre le restanti (oltre 420 aiuti) anche o solo in base al Quadro temporaneo.

¹² L'unica eccezione è rappresentata da Cipro, il cui primo regime di aiuti relativi alla crisi pandemica è stato infatti autorizzato dalla Commissione a giugno 2020 (decisione della Commissione del 10 giugno 2020, SA.57511 – Cyprus, COVID-19: Waiver of interests and penalties for late payment of VAT, COM (2020) 4019 final).

¹³ Già ad aprile 2020, infatti, anche il Regno Unito – al quale le regole sugli aiuti di Stato si applicheranno per molti anni *ex art.* 93 e ss. dell'Accordo di recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica – ha ottenuto l'approvazione di due misure, la prima a sostegno delle PMI (decisione della Commissione del 25 marzo 2020, SA.56794 – United Kingdom, Coronavirus Business Interruption Loan Scheme Grant (CBILS grant) under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 1975 final) e la seconda di portata più generale (decisione della Commissione del 6 aprile 2020, SA.56841 – United Kingdom, COVID-19 Temporary Framework for UK authorities, COM (2020) 2230 final).

¹⁴ Cfr. decisione della Commissione del 22 marzo 2020, SA.56786 – Italy, Production of medical equipment, COM (2020) 1887 final.

¹⁵ Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, con riferimento al quale v. la decisione della Commissione del 25 marzo 2020, SA.56690 – Italy, State guarantee to support debt moratorium by banks to SME borrowers under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 1984 final.

¹⁶ Cfr. d.l. 8 aprile 2020, n. 23, recante “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi

ampio regime di sostegno alle altre imprese¹⁷.

Il Quadro temporaneo è stato invero utilizzato, sin dalle prime fasi della crisi pandemica, anche da quegli Stati membri che hanno tenuto una condotta “eccentrica” con riguardo all’intensità della risposta sanitaria prendendo misure limitate di sospensione delle attività economiche. Dai dati pubblicati dalla Commissione emerge ad esempio che, nella prima metà di aprile 2020, la Svezia ha ottenuto l’approvazione di tre misure di importo complessivo pari a circa euro 10 miliardi¹⁸.

Del resto, quella causata dalla pandemia è anche una crisi legata alla domanda e, pertanto, misure più invasive di c.d. *lockdown* adottate in altri Stati membri (o in Paesi terzi) possono avere effetti anche sulle imprese svedesi: non fosse altro che per i problemi logistici causati dalla chiusura delle frontiere ovvero dall’interruzione delle attività di imprese clienti o fornitrici stabilite altrove. Rimane tuttavia qualche perplessità sull’applicazione di regole uniformi (il regime di favore di cui al Quadro temporaneo) a situazioni fattuali difformi (le diverse restrizioni imposte alle imprese dai singoli Stati membri per via della diversa intensità della pandemia): il divieto di aiuti di

in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, con riferimento al quale v. la decisione della Commissione del 13 aprile 2020, SA.56966 – Italy, COVID-19: Loan guarantee schemes under the Fondo di garanzia per le PMI, COM (2020) 2370 final.

¹⁷ V. la decisione della Commissione del 13 aprile 2020, SA.56963 – Italy, Guarantee scheme under the Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak, COM (2020) 2371 final.

¹⁸ Si tratta degli aiuti autorizzati con la decisione della Commissione del 2 aprile 2020, SA.56860 – Sweden, COVID-19: Government guarantee programme for companies, COM (2020) 2181 final; con la decisione della Commissione dell’11 aprile 2020, SA.56812 – Sweden, COVID-19: Loan guarantee scheme to airlines, COM (2020) 2366 final; e con la decisione della Commissione del 15 aprile 2020, SA.56972 – Sweden, COVID-19: Rent rebate for tenants, COM (2020) 2403 final. Va detto che, in seguito, la Svezia, e probabilmente non a caso in virtù di quello che si dirà nel testo immediatamente *infra*, è stato uno degli Stati membri che, almeno sotto il profilo quantitativo, ha meno utilizzato il Quadro temporaneo, notificando e ottenendo l’autorizzazione soltanto di altre due misure nel 2020 (decisione della Commissione del 17 agosto 2020, SA.58342 – Sweden, COVID-19: Recapitalisation of SAS AB, COM (2020) 5750 final; decisione della Commissione del 12 ottobre 2020, SA.58822 – Sweden, Limited amounts of aid for undertakings faced with turnover losses due to COVID-19 in June and July 2020, COM (2020) 7106 final) e quattro nel 2021 (decisione della Commissione del 4 febbraio 2021, SA.61486 – Sweden, COVID-19: Continuation of the Government guarantee programme for companies, COM (2021) 862 final; decisione della Commissione del 12 febbraio 2021, SA.60275 – Sweden, COVID-19: Compensation scheme for undertakings faced with turnover losses due to COVID-19 in August 2020 – February 2021, COM (2021) 1071 final; decisione della Commissione del 5 marzo 2021, SA.61904 – Sweden, COVID-19: Aid to ensure access to ambulance air transport, COM (2021) 1596 final; decisione della Commissione del 10 marzo 2021, SA.61298 – Sweden, COVID-19: Loans to Traffic Control Services, COM (2021) 1719 final.

Stato è infatti espressione del principio generale di diritto dell'Unione europea – recepito anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – della parità di trattamento¹⁹, secondo cui è vietato – non solo trattare in modo differente situazioni analoghe, ma anche – trattare in modo uguale situazioni differenti²⁰.

Sebbene ipotesi possibile (gli aiuti di Stato conoscono molte ipotesi di applicazione geografica diversificata, come gli aiuti regionali *ex art.* 107, par. 3, lett. a e c, TFUE²¹, senza che ciò rilevi sotto il profilo dell'art. 18 TFUE), era d'altro canto difficile, considerati i tempi ristrettissimi immaginare regole temporanee a “geometria variabile”, vieppiù considerato che la pandemia è di per sé mutevole sicché le condizioni nei singoli Stati membri potrebbero variare. In ogni caso, saranno proprio i singoli Stati membri a dover verificare che l'applicazione pratica dei regimi autorizzati con il Quadro temporaneo non finisca per beneficiare imprese che, in concreto, non hanno subito pregiudizi dalla pandemia. In questo caso, la singola misura di attuazione di un regime autorizzato dovrebbe ovviamente perdere il beneficio dell'esenzione temporanea.

In aggiunta al profilo geografico legato all'intensità del contagio e delle restrizioni nei diversi Stati membri, un'altra caratteristica della crisi economica legata alla pandemia è proprio quella della asimmetria degli effetti. Se in molteplici settori (es. *retail*, ristorazione, turismo e in generale tutto ciò che avviene nel “mondo analogico”) il COVID-19 rischia di determinare

¹⁹ Particolarmente chiare in tal senso le conclusioni dell'avvocato generale Cosmas del 13 maggio 1997, C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke SA c. Commissione*, punto 30, secondo cui «il divieto di aiuti statali appare come una conseguenza del principio generale di uguaglianza e del relativo corollario, secondo cui a casi uguali devono essere applicate disposizioni uguali».

²⁰ Fra le molte v. Tribunale, sentenza del 20 novembre 2017, T-618/15, *Voigt c. Parlamento*; Tribunale, sentenza del 30 giugno 2016, T-424/13, *Jinan Meide Casting c. Consiglio*; CGUE, sentenza del 27 gennaio 2005, C-422/02 P, *Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH c. Consiglio*.

²¹ Cfr. Commissione, *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020*, la cui validità è stata recentemente prolungata dalla comunicazione della Commissione relativa alla proroga e alla modifica degli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020, degli orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, della comunicazione sui criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, della comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione e della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

un'ecatombe fra le imprese (accelerando, e rendendo forse irreversibile, la crisi connessa alla crescita dei mercati digitali), ve ne sono altri che stanno registrando *performance* eccezionali, a partire (appunto: *when it rains, it pours*) dai colossi dell'*e-commerce*.

Almeno a livello italiano, peraltro, le misure restrittive che si sono susseguite per fronteggiare l'emergenza²² non hanno mai limitato l'operatività delle piattaforme digitali anche per la vendita di beni ... non propriamente essenziali, sebbene la loro consegna contribuisca in modo significativo alla circolazione di persone fisiche impiegate nella logistica, con effetti opposti rispetto al preteso imperativo del "restate a casa". Anche in tale prospettiva, occorrerà quindi particolare attenzione da parte delle amministrazioni nazionali nella fase di applicazione degli aiuti e, eventualmente, l'intervento *ex post* della Commissione nel caso vengano supportati settori non pregiudicati dalla crisi.

3. Gli art. 101 e 102 TFUE ai tempi del COVID-19: la comunicazione dell'8 aprile 2020 e il "ritorno" delle c.d. *comfort letters*

La pandemia ha effetti anche sul sistema di *enforcement* delle regole di concorrenza in senso stretto, ossia sui divieti di condotte collusive e abusive unilaterali. Si tratta, in realtà, dello scenario più interessante poiché, diversamente dall'art. 107 TFUE, gli art. 101 e 102 TFUE non prevedono deroghe alla loro applicazione neppure in periodi emergenziali²³.

Come riconosciuto dall'International Competition Network e dallo European Competition Network²⁴ (e cioè la c.d. Rete fra Commissione e autorità nazionali della concorrenza, ove viene coordinata l'applicazione decentrata degli art. 101 e 102 TFUE in ossequio al regolamento (CE) n. 1/2003 e alla direttiva (UE) n. 2019/1²⁵), con riguardo al diritto antitrust occorre

²² Cfr. ad esempio il d.P.C.M del 10 aprile 2020, recante "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale".

²³ Sul punto v. P. MANZINI, *Emergenza e concorrenza*, cit., p. 32.

²⁴ Cfr., rispettivamente, International Competition Network Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic, policy statement dell'8 aprile 2020; European Competition Network, Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis, policy statement del 23 marzo 2020.

²⁵ Cfr. regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato; direttiva (UE) n. 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che

bilanciare due interessi divergenti.

Da un lato, per non comprometterne l'efficacia deterrente, occorre che le imprese abbiano ben chiaro che l'*enforcement* prosegue anche nella fase emergenziale, nonostante le inevitabili difficoltà pratiche (ad es. nell' eseguire i c.d. *dawn raids*²⁶). Dall'altro lato, sia nel breve (e cioè durante la crisi sanitaria) sia nel medio periodo (e cioè durante le c.d. fasi 2 e 3) – e confidando, mai come in questo frangente, che il noto adagio keynesiano²⁷ sia effettivamente valido solo ... nel lungo periodo – è inevitabile che le condizioni di mercato create dalla pandemia possano rendere necessario un maggiore grado di cooperazione fra le imprese specie in taluni settori economici.

Sotto il primo profilo, molte Autorità nazionali della concorrenza, come ad esempio²⁸ quelle di Repubblica Ceca²⁹, Finlandia³⁰ e Spagna³¹ hanno ribadito non solo che le regole antitrust rimangono applicabili anche in questo frangente ma pure che l'*enforcement* sarà particolarmente stringente per impedire condotte opportunistiche: e ciò in particolar modo con riferimento alle imprese attive in settori “anticiclici” ove il COVID-19 ha aumentato la domanda di prodotti.

Si tratta del resto di fenomeni già verificatisi in diversi ordinamenti: ad esempio, già a fine marzo 2020, l'Autorità della concorrenza del Sud Africa ha ricevuto oltre 500 denunce e avviato un caso per prezzi eccessivi relativo a materiale sanitario e in particolare alle mascherine³². Anche l'Autorità

assicura il corretto funzionamento del mercato interno. Sul funzionamento della Rete v. L. CALZOLARI, *Il sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione europea. Deterrenza, compensazione e tutela della struttura di mercato alla luce della dir. n. 2014/104/UE e della dir. (UE) n. 2019/1*, Torino, 2019.

²⁶ Di cui agli art. 20 e 21 del regolamento (CE) n. 1/2003, cit. e agli art. 6 e 7 della direttiva (UE) n. 2019/1, cit.

²⁷ J.M. KEYNES, *A tract on monetary reform*, Londra, 1923, p. 80.

²⁸ Più in generale v. T. JANSSENS, D. SWANSON, L. CORDOVIL, *The reactions of competition authorities to the COVID-19 pandemic – an IBA Contribution*, IBA Antitrust Committee, giugno 2020.

²⁹ Cfr. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Countries around the globe are currently facing an unprecedented crisis caused by pandemic of the COVID-19 disease, which causes both health and economic difficulties, comunicato stampa del 27 marzo 2020.

³⁰ Cfr. Kilpailu-ja kuluttajavirasto, Exceptional circumstances caused by the coronavirus to affect the application of the Finnish Competition Act, comunicato stampa del 23 marzo 2020.

³¹ Ove si è creato anche un canale dedicato alle sole denunce relative a illeciti antitrust legati alla pandemia (cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Buzón especial para denuncias y consultas relacionadas exclusivamente con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid19, comunicato stampa del 31 marzo 2020).

³² Cfr. South Africa Competition Commission, COVID-19 update: competition commission flooded with over 500 complaints of excessive pricing, comunicato stampa del 31 marzo 2020; South Africa Competition Commission, Commission cracks down on excessive pricing, comunicato stampa del 15 aprile 2020.

Garante della Concorrenza e del Mercato italiana (“AGCM”) si è immediatamente attivata per contrastare condotte illecite connesse al COVID-19. Le iniziative poste in essere fino ad aprile 2020 sono però risultate espressione delle competenze che, nell’ordinamento italiano, all’AGCM sono conferite anche nel settore della tutela dei consumatori: tanto che quest’ultima è, ad esempio, intervenuta con riguardo alla sospensione della vendita di mascherine con caratteristiche e tempi di consegna difformi da quelli pubblicizzati³³, nonché con riferimento ai test per gli anticorpi del COVID-19³⁴.

Sotto il secondo profilo, si tratta di evitare che un’applicazione ... *sine grano salis* delle regole antitrust possa ostacolare la cooperazione fra imprese necessaria a fronteggiare gli effetti della crisi sanitaria e del *lockdown*. Anche in tale prospettiva, molte Autorità della concorrenza hanno chiarito di volere “adattare” le regole di concorrenza alle circostanze eccezionali causate dalla pandemia, in particolare in settori produttivi affini a quello sanitario: fra queste vi è anche la Commissione che, l’8 aprile 2020, ha adottato una specifica comunicazione³⁵. Oltre a ribadire l’importanza che le attività di monitoraggio dei mercati proseguano anche in questo frangente per evitare condotte opportunistiche da parte degli operatori economici³⁶, il documento ha due finalità principali. Da un lato, la Commissione individua i criteri che si impegna a utilizzare per scrutinare *ex art.* 101 TFUE i progetti di cooperazione che le imprese intendano coltivare per migliorare la produzione e fronteggiare la carenza di prodotti e servizi essenziali³⁷. Dall’altro lato, si immaginano (*rectius*, “rispolverano”) meccanismi per aumentare la certezza del diritto delle imprese con riguardo a quali forme di cooperazione siano divenute legittime e quali, invece, rimangano proibite anche ai tempi del COVID-19³⁸.

Sotto il profilo sostanziale, e ammessa l’ipotesi di forme di cooperazione anche più intensa³⁹, si individua una serie di condotte collaborative delle

³³ V. AGCM, provvedimenti cautelari dell’8 aprile 2020 nei casi PS11732, Oxystore – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria; PS11734, Wish – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria; e PS11736, Tiger Shop – Vendita on line prodotti emergenza sanitaria.

³⁴ V. AGCM, Emergenza coronavirus, avviata verifica su segnalazione della Regione Lazio nei confronti di strutture sanitarie private e laboratori di analisi romani che pubblicizzano test per anticorpi COVID-19, comunicato stampa del 15 aprile 2020.

³⁵ Cfr. la comunicazione della Commissione dell’8 aprile 2020, *Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall’attuale pandemia di COVID-19*, COM (2020) 3200 final.

³⁶ Ivi, punto 20.

³⁷ Ivi, punti 6-16.

³⁸ Ivi, punti 17-18.

³⁹ Ivi, punti 14-15.

imprese attive nel settore sanitario che, secondo la Commissione, non sollevano riserve in materia antitrust, purché soggette a forme di garanzia (come ad es. il coinvolgimento di soggetti terzi)⁴⁰.

È opportuno soffermarsi su alcuni aspetti procedurali legati al secondo obiettivo che la Commissione intende perseguire con la comunicazione e cioè la certezza del diritto. Nel contesto dell'applicazione decentrata delle regole antitrust le imprese non possono (più) chiedere alla Commissione di esprimersi sulla legittimità di un progetto di accordo: abrogato con il già citato regolamento (CE) n. 1/2003 il monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 101(3) TFUE, spetta alle imprese autovalutare la compatibilità delle loro condotte con l'intero catalogo delle regole antitrust.

In questi tempi eccezionali, la Commissione “rispolvera” le “*comfort letters*”⁴¹ e cioè uno strumento che si era diffuso proprio durante il regime previgente quando il c.d. *public enforcement* delle regole antitrust era disciplinato dal regolamento (CEE) n. 17/62⁴².

Sulla carta, il meccanismo della notifica preventiva previsto dal regolamento (CEE) n. 17/62 garantiva un elevato livello di certezza alle imprese⁴³: la decisione che sanciva la compatibilità con l'art. 101 TFUE di un progetto di accordo notificato alla Commissione era opponibile ai terzi e vincolante per i giudici nazionali⁴⁴. Nella pratica, tuttavia, il meccanismo non

⁴⁰ Si tratta di misure volte, ad esempio, a (i) coordinare il trasporto delle forniture, (ii) individuare rischi di carenze di medicinali essenziali, (iii) condividere informazioni aggregate su produzione e capacità, (iv) prevedere la domanda degli Stati e individuare carenze di approvvigionamento, (v) condividere informazioni su tali carenze e sulla capacità delle imprese di rimediarsi (cfr. *ivi*, punto 12).

⁴¹ *Ivi*, punto 18.

⁴² Regolamento (CEE) n. 17/62 del Consiglio del 6 febbraio 1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato.

⁴³ Infatti, «[a] formal exemption under [art. 85(3) EEC] following a notification pursuant to [regulation (EEC) n. 17/62, cit.] provides the greatest degree of legal certainty as to the legality and enforceability of an agreement inasmuch as it forecloses national antitrust authorities and courts from applying [art. 85(1) EEC] and in the case of national courts, [art. 85(2) EEC] to the exempted agreement and may also prevent application of national antitrust laws if such application would deprive the parties of the benefits of the exemption» (cfr. J.S. VENIT, *The Commission's opposition procedure— Between the Scylla of Ultra Vires and the Charybdis of Perfume: Legal Consequences and Tactical Considerations*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 167 e ss., p. 169).

⁴⁴ Le imprese destinatarie di una decisione di esenzione individuale, infatti, «acquista[va]no così il diritto di porre in atto, alle condizioni eventualmente stabilite dalla Commissione, un accordo, un'intesa o una pratica concordata e po[teva]no opporre tale diritto a qualsiasi terzo che, dinanzi al giudice nazionale, eccepisca l'incompatibilità di detto accordo, intesa o pratica concordata con l'art. [85(1) CEE]» (per tutte CGUE, sentenza dell'11 dicembre 1980, 31/80, *L'Oréal*, punto 8).

funzionava⁴⁵: “sommersa” dalle notifiche, la Commissione non aveva le risorse necessarie per svolgere le istruttorie necessarie all’adozione delle decisioni di esenzione. Per risolvere l’*impasse*, la Commissione ha, fra l’altro, iniziato a esaminare le notifiche mediante procedure semplificate, riservando le decisioni formali di esenzione ai casi di portata sistematica. Le procedure semplificate si chiudevano invece con decisioni informali di archiviazione: mediante tali “*comfort letters*”, la Commissione dichiarava di non ravvisare illeciti antitrust e non avere motivo di intervenire.

Il problema delle “*comfort letters*” era connesso proprio alla certezza del diritto. Non costituendo decisioni di attestazione negative né di applicazione dell’art. 101, par. 3, TFUE, tali lettere – vincolano la Commissione in virtù del principio del legittimo affidamento ma – non sono opponibili ai terzi: pur rappresentando un elemento di fatto da valutare durante un eventuale contenzioso, esse non impediscono ai giudici nazionali di valutare diversamente gli accordi che ne sono oggetto⁴⁶.

In prospettiva storica, la possibilità per i giudici nazionali di non uniformarsi alle “*comfort letters*” portava soprattutto alla dichiarazione di nullità *ex art.* 101, par. 2, TFUE di accordi che avevano passato indenni lo scrutinio pubblico: si trattava della nota fattispecie della c.d. *euro-defense*, normalmente invocata davanti a un giudice nazionale dalla parte che voleva provare a liberarsi di un contratto⁴⁷. In seguito allo sviluppo del *private enforcement* delle regole antitrust⁴⁸, a tale rischio si aggiunge oggi quello del contenzioso

⁴⁵ In generale, v. A. BROWN, *Notification of Agreements to the EC Commission: Whether to Submit to a Flawed System*, in *European Competition Law Review*, 1992, p. 323 ss.

⁴⁶ CGUE, sentenza del 10 luglio 1980, C-37/79, *Estée Lauder*, punto 10, secondo cui «[u]na lettera del genere, che, fondata sui soli elementi di cui la Commissione è a conoscenza, riflette una valutazione della Commissione e conclude una procedura di esame da parte degli uffici competenti della Commissione, non ha l'effetto di impedire ai giudici nazionali, dinanzi ai quali si faccia valere l'incompatibilità degli accordi con l'art. 85, di valutare diversamente, in funzione degli elementi di cui essi dispongono, gli accordi in questione. Pur non vincolando i giudici nazionali, l'opinione comunicata con tali lettere costituisce nondimeno un elemento di fatto di cui i giudici nazionali possono tener conto nel loro sindacato della conformità all'art. 85 degli accordi o dei comportamenti di cui trattasi».

⁴⁷ I giudici nazionali, infatti, hanno «l'obbligo di pronunziarsi sulle domande degli amministratori che denuncino la nullità ipso iure» di un'intesa (CGUE, sentenza del 6 febbraio 1973, 48/72, *De Haecht*). Tale situazione era resa possibile e invero aggravata anche perché, come noto, nel sistema di cui al regolamento (CEE) n. 17/62, cit., ai giudici nazionali era precluso valutare l'eventuale sussistenza degli elementi positivi di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, e quindi i giudici nazionali ai quali fosse stato chiesto di accertare la nullità di un accordo *ex art.* 101, par. 2, TFUE erano costretti ad accogliere la domanda anche laddove avessero ritenuto che l'intesa fosse legittima ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.

⁴⁸ Prima di trovare una – più o meno – completa disciplina di diritto derivato (v. la direttiva 2014/104/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate

per il risarcimento del danno: l'aver ottenuto una “*comfort letter*” dalla Commissione, infatti, non sembra circostanza idonea a garantire alle imprese una sicura immunità in sede civilistica.

Tale risultato sarebbe invece ottenibile se la Commissione riuscisse a utilizzare il diverso strumento delle decisioni di inapplicabilità di cui all'art. 10 del regolamento (CE) n. 1/2003. Si tratta di una di quelle «competenze addizionali»⁴⁹ ancora attribuite alla – sola⁵⁰ – Commissione anche nel sistema di applicazione del diritto antitrust su base decentrata e condivisa con le Autorità nazionali della concorrenza. Adottabili dalla Commissione per ragioni d'interesse pubblico e solo *motu proprio*, le decisioni di inapplicabilità vincolano anche terzi e giudici nazionali *ex art.* 16 del regolamento (CE) n. 1/2003. Tali decisioni possono essere adottate, fra l'altro, al fine di «garantirne un'applicazione coerente nell'Unione, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti»⁵¹, obiettivi fra cui sembra rientrare la necessità di fronteggiare uno scenario sconosciuto come quello legato alla pandemia di COVID-19.

Le difficoltà di utilizzo di tale strumento rispetto a quello delle “*comfort letters*”, tuttavia, sono date dalla maggiore intensità delle attività istruttorie necessarie alla loro adozione, che le rende forse poco utilizzabili per rispondere alle esigenze delle imprese con i tempi rapidissimi dettati dall'attuale scenario emergenziale⁵².

norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea), il diritto dei singoli di ottenere il risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale è stato come noto sancito dalla CGUE, quale diretta espressione del principio dell'effetto diretto anche orizzontale delle disposizioni dei Trattati che siano chiare, precise e incondizionate, caratteristiche rispettate dagli art. 101 e 102 TFUE (cfr. CGUE, sentenza del 27 marzo 1974, 127/73, *BRT*). Sul punto, fra le altre, v. già CGUE, sentenza del 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*; CGUE, sentenza del 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*.

⁴⁹ Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della Rete delle Autorità garanti della concorrenza, punto 9.

⁵⁰ CGUE, sentenza del 3 maggio 2011, C-375/09, *Tele2 Polska*, punti 27-29.

⁵¹ Considerando n. 14 del regolamento (CE) n. 1/2003, cit.

⁵² Sulla collaborazione fra Autorità nazionali della concorrenza e imprese durante la crisi pandemica v. anche G. DE STEFANO, *COVID-19 and EU Competition Law: Bring the Informal Guidance On*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, p. 121 ss.

4. Pandemia e concentrazioni: dalle difficoltà di *enforcement* alla “prima volta” del COVID-19 nell’analisi antitrust

È interessante soffermarsi, pur più brevemente, anche sul settore delle concentrazioni. Trattandosi di un ambito particolarmente sensibile al fattore tempo e dove la Commissione e le Autorità nazionali della concorrenza devono rispettare stringenti termini procedurali⁵³, il settore delle concentrazioni ha subito più di altri gli effetti delle misure di contenimento, il cui rispetto ha ovviamente rallentato anche le attività della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza, portando talvolta alla chiusura degli uffici (ad esempio in Austria e Belgio)⁵⁴. Anche a causa delle difficoltà nell’interloquire con le imprese coinvolte (anch’esse soggette a *lockdown* più o meno intensi), la Commissione⁵⁵ e talune Autorità nazionali della concorrenza (fra le quali ad esempio quelle belga e lituana⁵⁶) hanno allora invitato le imprese a posticipare la notifica delle concentrazioni; altre Autorità nazionali della concorrenza hanno invece sospeso – o ottenuto dal legislatore la sospensione de – i termini applicabili (come ad es. in Francia e Danimarca)⁵⁷.

Ma il settore delle concentrazioni è interessante anche e soprattutto perché, in tale contesto, il COVID-19 è già entrato a far parte dell’analisi antitrust di un’operazione, anticipando quelli che potrebbero essere valutazioni che diverranno comuni nei prossimi anni. In *Circle Health/BMI Healthcare*⁵⁸, la *Competition and Market Authority* britannica ha avviato l’indagine formale per la fusione fra due ospedali ritenendo necessario approfondire l’esame dei potenziali effetti anticoncorrenziali dell’operazione. Tali effetti sono stati ipotizzati anche in base alle conseguenze del COVID-19 sul

⁵³ Di cui al regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese.

⁵⁴ Cfr. rispettivamente Bundeswettbewerbshörde, Corona (COVID-19) Submission of electronic merger notifications is now possible, comunicato stampa del 23 marzo 2020; Belgische Mededingingsautoriteit, COVID-19 measures, comunicato stampa n. 13/2020 del 19 marzo 2020.

⁵⁵ Cfr. <https://ec.europa.eu>.

⁵⁶ V. rispettivamente comunicato stampa n. 13/2020, cit. e Konkurencijos taryba, Examination of mergers may last longer, comunicato stampa del 14 aprile 2020.

⁵⁷ Cfr. rispettivamente Autorité de la Concurrence, Adaptation of the time limits and procedures of the Autorité de la concurrence in times of health emergency, comunicato stampa del 27 marzo 2020; Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Suspension of time limits for merger review is extended, comunicato stampa del 16 aprile 2020.

⁵⁸ Cfr. Competition and Market Authority, provvedimenti del 24 aprile 2020 (accettazione degli impegni proposti da Circle) e del 29 giugno 2020 (autorizzazione dell’operazione), caso ME/6864-19, *Circle Health/BMI Healthcare*.

mercato rilevante che, secondo detta Autorità, potrebbe risultare più concentrato per via della minore probabilità che, in futuro, la sanità abbia fondi disponibili per realizzare nuovi ospedali.

L'impatto del COVID-19 sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti alla luce dei nuovi strumenti adottati dalla Commissione

MARCO INGLESE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli Orientamenti della Commissione. – 3. Problemi applicativi. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente contributo intende esaminare le prime reazioni dell'Unione europea rispetto alla pandemia di COVID-19 con specifico riferimento alla mobilità transfrontaliera dei pazienti. Al fine di alleviare la pressione sulle strutture ospedaliere degli Stati membri più colpiti, la Commissione ha adottato degli orientamenti volti a facilitare, da un lato, la possibilità che un paziente possa essere trasferito in un altro Stato membro; dall'altro, ha inteso semplificare le procedure amministrative necessarie secondo la direttiva 2011/24. Si vedrà come questa soluzione, per quanto astrattamente idonea al fine dichiarato, non presentando un carattere sistemico e insistendo su un settore altamente soggetto a dinamiche antropiche prima che mediche, rischia di non presentare alcun effetto utile.

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – Orientamenti della Commissione – mobilità transfrontaliera dei pazienti – spese mediche – autorizzazione preventiva – efficacia.

1. Introduzione

La pandemia di COVID-19 sta mettendo a dura prova la tenuta dei sistemi sanitari nazionali. Se, in un primo momento, tra i problemi maggiormente pressanti si annoverava l'approvvigionamento rapido dei dispositivi di protezione individuale (DPI), ben presto l'attenzione si è spostata sull'insufficienza dei posti letto in terapia intensiva. Secondo i dati più recenti, precedenti la pandemia e risalenti al settembre 2018, in Italia erano disponibili 5.176 posti letto di terapia intensiva¹ (8.57 per 100.000 ab.). Tuttavia, questo dato sembra non riuscire a fotografare esattamente la realtà ospedaliera nella

* Ricamatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Parma, marco.inglese@unipr.it. Testo riveduto e corretto della relazione tenuta in data 28 aprile 2020 in occasione del webinar ELSA "Europa e COVID-19. Diritto e cooperazione in tempo di pandemia". Si ringraziano, in particolare, gli organizzatori, il pubblico, Federico Casolari, Federico Ferri e Carlo Tovo per gli utili spunti di riflessione.

¹ Annuario statistico del Servizio sanitario nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN, 2020, p. 57. Il dato riportato non si discosta da quello del 2017, quando erano presenti 5090 posti letto di terapia intensiva (8.42 per 100.000 ab.) secondo quanto riportato dall'Annuario statistico del Servizio sanitario nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN, 2019, p. 43.

misura in cui le Regioni sono state colpite asimmetricamente dalla pandemia. Inoltre, come noto, la tutela della salute è una materia di legislazione concorrente *ex art.* 117, par. 2, della Costituzione.

Queste osservazioni introduttive sono da raccordarsi con l'ordinamento dell'Unione europea, laddove – premesso un obiettivo trasversale di *c.d. health in all policies* (art. 9 TFUE) – la competenza per i problemi comuni di sanità pubblica è concorrente (art. 4, par. 2, lett. k, TFUE) mentre l'Unione può intervenire a supporto, sostegno e coordinamento nel miglioramento della salute umana (art. 6, lett. a, TFUE)². Accanto a queste disposizioni e a fini ricostruttivi, occorre poi menzionare sia l'art. 35 della Carta sia l'art. 168 TFUE. Più nello specifico, da un lato, l'art. 168, par. 7, TFUE riafferma la competenza esclusiva degli Stati membri nell'organizzazione e finanziamento dei propri sistemi sanitari – da esercitarsi, purtuttavia, nel rispetto del diritto dell'Unione³ –; dall'altro lato, prevede misure di armonizzazione in alcuni settori altamente specifici, per lo più confinati alle operazioni sul sangue umano⁴, alla sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti⁵ e ai prodotti del tabacco⁶. In particolare, la disciplina dei prodotti del tabacco ha da sempre costituito un peculiare settore di intervento – ponendosi trasversalmente rispetto a una pluralità di esigenze quali, *inter alia*, la tutela della salute, la protezione dei consumatori e l'armonizzazione del mercato interno – caratterizzato da notevoli incertezze interpretative, da ultimo riguardanti l'esercizio da parte dell'Unione delle proprie competenze⁷.

Nel rispetto delle competenze statuali e sotto il proprio coordinamento, la Commissione ha adottato la comunicazione Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera

² F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 317 ss.

³ CGUE, sentenza del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar*.

⁴ Direttiva 2002/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti e che modifica la direttiva 2001/83/CE.

⁵ Direttiva 2010/45/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010 relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti.

⁶ Direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE.

⁷ CGUE, sentenza del 4 maggio 2016, C-477/14, *Pillbox 38*.

nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della COVID-19⁸ (in seguito: gli Orientamenti) volta a garantire forme particolarmente rapide di circolazione dei pazienti ospedalizzati affetti da COVID-19. Gli organi di stampa hanno dato risalto a detta mobilità⁹, sottolineando una rinnovata concordia paneuropea, precedentemente minacciata dalle accese negoziazioni sugli strumenti finanziari da adottare e sul loro funzionamento¹⁰. Certo, potrebbe anche argomentarsi che l'ampia varietà di strumenti – finanziari e non – messi in campo sia una ulteriore prova tangibile di condivisione ma è noto come, soprattutto nella prima fase nella pandemia, gli Stati abbiano lasciato prevalere i propri interessi nazionali su quelli collettivi, come esemplificato dal blocco della circolazione dei DPI¹¹.

Il presente contributo intende offrire una prima analisi degli Orientamenti per tentare di comprenderne l'efficacia sui sistemi sanitari nazionali. La gestione a livello statale e, per quel che riguarda l'Italia, a livello regionale, del meccanismo non consente di disporre di dati empirici. Tuttavia, si possono individuare, già con riguardo allo strumento in sé, alcune criticità.

2. Gli Orientamenti della Commissione

Prima di esaminare il contenuto degli Orientamenti e al fine di inquadrarli correttamente, è opportuno ripercorrere succintamente le origini della mobilità transfrontaliera dei pazienti.

Essa si afferma a partire dalla fine degli anni '90 come una *species* dell'amplissimo *genus* della libera prestazione dei servizi *ex art. 56* TFUE nella misura in cui un paziente, affiliato a un sistema sanitario nazionale, si

⁸ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della COVID-19*, 2020/C 111 I/01 C/2020/2153.

⁹ Reuters Staff, "Germany treats first Italians as coronavirus care crosses border", 24 marzo 2020; A. TIDEY, "More French Covid19 patients flown to Germany and Switzerland", *Euronews*, 29 marzo 2020.

¹⁰ R. BARATTA, "Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da Covid19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea", *SIDIBlog*, 9 aprile 2020; F. COSTA-MAGNA, "La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia Covid19 ("SURE"): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta", *SIDIBlog*, 5 aprile 2020; L. LIONELLO, "La BCE nella tempesta della crisi sanitaria", *SIDIBlog*, 28 marzo 2020.

¹¹ M. GATTI, *La risposta europea all'emergenza da COVID-19*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Torino, 2021, p. 31 ss.

rechi in un altro Stato membro per ivi sottoporsi a un trattamento medico¹² o per l'acquisto di un bene coperto dalla propria cassa malattia¹³. Questo schema si riverbera immediatamente sul pagamento delle prestazioni ricevute, ragion per cui in una copiosa quanto coerente giurisprudenza, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dei sistemi sanitari nazionali, quale motivo imperativo di interesse generale, consente la presenza di un sistema di autorizzazione preventiva¹⁴ purché essa sia necessaria, idonea e proporzionata. Ulteriore elemento che la Corte ha inteso valorizzare è l'assenza di distinzione tra i sistemi sanitari pubblici, quelli privati e quelli misti, nella misura in cui risulta irrilevante il soggetto che materialmente eroghi il pagamento delle spese mediche¹⁵.

Questa giurisprudenza è stata poi trasfusa nella direttiva 2011/24/UE¹⁶, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera¹⁷. È interessante notare che, muovendosi nel più ampio alveo del completamento del mercato interno, l'art. 114 TFUE è la base giuridica della direttiva 2011/24. Peraltro, si segnala che nonostante la direttiva avesse in un primo momento portato a una diminuzione dei rinvii pregiudiziali, si registrano due nuovi interventi della Corte – sebbene in settori apparentemente liminari – in materia di circolazione dei medicinali¹⁸ e pazienti che ricevono cure in uno Stato membro nel rispetto della propria religione¹⁹, con ciò confermando le sempre attuali difficoltà di coordinamento (e sovrapposizione) di una normativa che colpisce una competenza statale. Con queste premesse, è ora possibile esaminare gli Orientamenti per poi evidenziarne taluni problemi applicativi.

In ossequio alla decisione 1082/2013/UE²⁰ relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e al contrasto ai grandi flagelli, adottata sulla base dell'art. 168, par. 5, TFUE, viene potenziato il meccanismo di

¹² CGUE, sentenza del 28 aprile 1998, C-158/96, *Kohll*.

¹³ CGUE, sentenza del 28 aprile 1998, C-120/95, *Decker*.

¹⁴ CGUE, sentenza del 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*.

¹⁵ CGUE, sentenza del 16 maggio, 2006, C-372/04, *Watts*.

¹⁶ Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

¹⁷ G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e sicurezza*, Milano, 2019, p. 167 ss.

¹⁸ CGUE, sentenza del 18 settembre 2019, C-222/18, *VIPA*.

¹⁹ CGUE, sentenza del 29 ottobre 2020, C-243/19, *A*.

²⁰ Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE.

coordinamento e scambio di informazioni e buone prassi tra gli Stati membri²¹. In tal modo gli Orientamenti si preoccupano, nel quadro congiunto della decisione 1082/2013 e della direttiva 2011/24, di coordinare la domanda e l'offerta di posti letto, il trasporto transfrontaliero di emergenza, il rimborso delle spese mediche e le modalità pratiche di trasferimento dei pazienti. Il punto di partenza è la notifica da parte dello Stato membro interessato al Sistema di allarme e risposta rapido (SARR) mentre gli Stati membri utilizzano lo stesso SARR per offrire la propria disponibilità. Dal canto suo, la Commissione, per il tramite del Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC), dovrà coordinare e cofinanziare il trasporto medico. Parallelamente, occorre notare che gli Orientamenti non si occupano del rimpatrio dei cittadini dell'Unione affetti da COVID-19 momentaneamente in Paesi terzi. Viene quindi in rilievo prioritariamente il Meccanismo unionale di protezione civile, istituito con la decisione 1313/2013/UE²² il quale, a sua volta, è da raccordarsi con la direttiva 2015/637/UE²³ del Consiglio sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela diplomatica e consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei Paesi terzi. I dati più recenti dimostrano che fino a dicembre 2020, grazie al Meccanismo, sono stati rimpatriati circa 90.000 cittadini²⁴; tuttavia, ancora una volta, sono state evidenziate dagli organi di stampa presunte inefficienze statuali nella gestione delle procedure²⁵.

Per quel che riguarda il costo delle spese mediche e il rapporto con la direttiva 2011/24, gli Orientamenti affermano immediatamente che esse sono a carico dello Stato trasferente secondo il regolamento 883/2004/CE²⁶, mentre *invitano* gli Stati membri, «in considerazione dell'emergenza pubblica, [...] a valutare la possibilità di un'autorizzazione preventiva *generale* per garantire la copertura di tutte le spese sostenute dal prestatore di assistenza sanitaria ospitante» (*ibidem*, par. 4).

²¹ F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Eurojus*, 2020, p. 95 ss.

²² Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile.

²³ Direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio del 20 aprile 2015 sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei Paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE.

²⁴ Il dato è disponibile su www.ec.europa.eu.

²⁵ C. PASOLINI, «Coronavirus, Bruxelles: l'Italia non usa i fondi europei per il rimpatrio. La replica della Farnesina: 'Previsti solo per i Paesi senza voli commerciali'», *La Repubblica*, 30 aprile 2020.

²⁶ Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Agli aspetti economici si aggiungono poi quelli di raccordo concernenti la continuità terapeutica e, di conseguenza, il reciproco riconoscimento delle prescrizioni mediche. In altre parole, il paziente trasferito, una volta di ritorno nello Stato membro di affiliazione, dovrà poter acquistare i medicinali che gli sono stati prescritti, fatti salvi i casi specifici previsti dalla direttiva 2011/24, *i.e.* la verifica dell'autenticità della prescrizione e il diritto del farmacista di rifiutare la dispensazione per motivi etici.

Peraltro, non sembra superfluo notare che, anche a causa della possibile reintroduzione di controlli alle frontiere interne, dovrebbe comunque essere garantita sia la libera circolazione dei pazienti sia quella dei professionisti, come affermato anche dagli Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali²⁷, attraverso la creazione e il mantenimento di apposite *green lanes*.

Altro punto di interesse è costituito dalla cooperazione tra le regioni di confine, da ricondursi all'interno dei programmi già esistenti²⁸.

Infine, visto il perdurare della pandemia, gli Orientamenti, nel caso di prestazione temporanea e occasionale di servizi, affermano che, ai fini del riconoscimento delle qualifiche, «può essere richiesta soltanto una semplice dichiarazione» (ivi, par. 8), *de facto* suggerendo di snellire il già automatico procedimento del mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali sanitarie secondo la direttiva 2005/36/CE²⁹. In tal modo, si evita dunque il controllo formale da parte delle istituzioni dello Stato membro ospite. Inoltre, l'allegato V della direttiva 2005/36, nell'elencare le specializzazioni mediche oggetto di riconoscimento, include pneumologia, virologia, infettivologia e immunologia, ossia quelle che sono risultate più sollecitate nell'affrontare la pandemia di COVID-19. Peraltro, si segnala anche la creazione, attraverso la direttiva 2013/55/UE³⁰, di una Tessera professionale europea che permette il mutuo riconoscimento attraverso una procedura completamente elettronica. Attualmente, l'uso è consentito solo a sei categorie e, per quel

²⁷ COVID-19: Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, 2020/C 86 I/01.

²⁸ Si segnalano, in particolare i programmi Healthacross e Trisan.

²⁹ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

³⁰ Direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2013, recante modifica della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno.

che qui interessa, all'infermiere responsabile di assistenza generale e al farmacista³¹.

Da ultimo, rileva l'aspetto finanziario. Se gli Orientamenti riaffermano che l'assistenza sanitaria rimane a carico dello Stato membro di affiliazione, aggiungono in chiusura che l'Unione assicura supporto tramite il fondo di solidarietà e che le spese sanitarie sono «spese ammissibili» nell'ambito dei fondi strutturali mentre altri strumenti sono al vaglio delle istituzioni. Essi serviranno, in particolare, per «il trasporto di pazienti che necessitano di ospedalizzazione in strutture transfrontaliere in grado di offrire capacità, lo scambio di personale medico, l'accoglienza di pazienti stranieri o altre modalità di supporto reciproco e l'allestimento di strutture sanitarie temporanee» (ivi, par. 9).

3. Problemi applicativi

Se gli Orientamenti sin qua descritti hanno contribuito a rendere visibile l'intervento della Commissione, in un primo momento tacciata di inerzia dagli organi di stampa³², permangono notevoli incertezze applicative. Per limiti di spazio, se ne segnalano due: una di carattere teorico e una di carattere pratico.

In primo luogo, mentre l'art. 8 della direttiva 2011/24 include tra i trattamenti da sottoporre ad autorizzazione quelli che comportano l'ospedalizzazione per almeno una notte, l'art. 9 fa riferimento alle «singole decisioni» (par. 4) che autorizzano la mobilità, le quali, naturalmente, devono essere adeguatamente motivate. Si ricorderà, a questo punto, che secondo gli Orientamenti è ben possibile adottare una autorizzazione generale. Se ne ricava che, attraverso un atto non vincolante come gli Orientamenti, la Commissione è riuscita a eludere sia la direttiva 2011/24 sia le norme statuali di trasposizione³³. Si tratterebbe, quindi, di una sorta di duplice antinomia: da

³¹ La direttiva 2013/55/UE è stata attuata in Italia con il d. lgs. 28 gennaio 2016, n. 15, recante «Attuazione della direttiva 2013/55/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica della direttiva 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali e del regolamento (UE) n. 1024/2012, relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno».

³² L. BAYER, «Brussels drops lockdown exit plan after anger from capitals», *Politico*, 7 aprile 2020; A. CRESPI, «Every government for itself», *Vox*, 20 marzo 2020; D. M. HERSENZORN, S. WHEATON, «How Europe failed the Coronavirus test», *Politico*, 7 aprile 2020; U. VON DER LEYEN, «Scusateci, ora la UE è con voi», *La Repubblica*, 1 aprile 2020.

³³ D. lgs. 4 marzo 2014, n. 38, recante «attuazione della direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, nonché

un lato, una comunicazione impatterebbe su una direttiva; dall'altro lato, la stessa comunicazione colpirebbe anche le norme nazionali. Ciò si spiega soprattutto rammentando che, vista l'eccezionalità della pandemia, non risulterebbe possibile, quantomeno per ragioni meramente temporali, emendare la direttiva 2011/24. In altre parole, gli Orientamenti delineano una sorta di eccezione, temporalmente limitata alla durata della pandemia, all'art. 9 della direttiva 2011/24. Parimenti, l'autorizzazione generale potrebbe inficiare la tenuta economico-finanziaria del sistema previdenziale di affiliazione (*infra*).

In secondo luogo, la mobilità dei pazienti si scontra con evidenti difficoltà geografiche, peraltro ben evidenziate dagli stessi Orientamenti. Essi si riferiscono al rafforzamento della cooperazione nelle zone di confine (*ibidem*, par. 7) attraverso i programmi INTERREG, specialmente lungo la frontiera franco-belga, tra Austria e Repubblica ceca e tra Francia e Germania. In altre parole, riemerge con vigore il dato, recentemente confermato anche dalla relazione speciale della Corte dei conti³⁴, secondo il quale la mobilità transfrontaliera dei pazienti avrebbe un impatto solo in quelle zone dove effettivamente sia possibile muoversi agevolmente, per motivi linguistici, culturali, logistici e geografici, fino al punto di configurare una comunanza valoriale tra comunità che insistono su Stati confinanti. A ciò si aggiunga, in ultima analisi, la cronica scarsità e inintelligibilità delle informazioni, come confermato da un altro studio della stessa Commissione³⁵.

Se quindi gli Orientamenti siano uno strumento efficace per alleviare la pressione sui sistemi sanitari tramite la distribuzione di pazienti ospedalizzati affetti da COVID-19 rimane una valutazione fattuale di difficile esercizio poiché la circostanza che l'intero meccanismo sia gestito dai sistemi sanitari nazionali non consente di disporre di dati empirici. Parimenti, rimane aperta la questione della solidarietà economica, poiché le spese sanitarie sono in capo allo Stato membro di affiliazione. È noto che questo sia uno degli aspetti maggiormente dibattuti nell'ambito della mobilità transfrontaliera dei pazienti, nella misura in cui, come affermato a più riprese dalla Corte di giustizia e consolidato a partire dalla sentenza *Watts*³⁶, l'equilibrio economico-finanziario dello Stato membro di affiliazione è una esigenza imperativa astrattamente idonea a restringere la libera prestazione dei servizi.

della direttiva 2012/52/UE, comportante misure destinate ad agevolare il riconoscimento delle ricette mediche emesse in un altro stato membro”.

³⁴ Relazione speciale della Corte dei conti n. 7/2019, *Le azioni intraprese dall'UE in materia di assistenza sanitaria transfrontaliera sono molto ambiziose, ma devono essere gestite meglio*.

³⁵ Study on cross-border health services: enhancing information provision to patients, 2018.

³⁶ CGUE, sentenza del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*.

Più prosaicamente, gli Orientamenti testimoniano un intervento della Commissione della cui effettiva utilità sembra possibile dubitare, perlomeno in questa fase.

4. Conclusioni

Orbene, una prima analisi sembra confermare che non ci siano stati sviluppi significativi rispetto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti affetti da COVID-19. Nessuna istituzione ha pubblicato atti di qualsivoglia natura ovvero dati statistici mentre non si è riusciti a recuperare i volumi dei pazienti che effettivamente si siano avvalsi – per il tramite dei propri sistemi sanitari nazionali – delle semplificazioni offerte dagli Orientamenti della Commissione. In realtà, le ragioni di questo silenzio sono ben note a chi si occupa di assistenza sanitaria transfrontaliera e possono essere presentate in tre punti essenziali: i) si tratta di ipotesi estremamente residuali; ii) a causa della diversità dei sistemi sanitari degli Stati membri e, di conseguenza, nell'organizzazione, nella fornitura e nel finanziamento delle cure mediche, è difficile trovare dati, sia in forma aggregata sia disaggregata che sappiano fotografare la contezza dei movimenti; iii) è sempre necessario considerare che un individuo può recarsi in un altro Stato membro per ivi ricevere cure mediche anche come semplice beneficiario di un servizio *ex art. 56 TFUE*.

A ciò si aggiungano anche altre due considerazioni di carattere empirico, suscettibili di smentita con il prosieguo della pandemia. Se, in un primo momento, sia gli Stati membri sia le istituzioni si sono fatti trovare impreparati, la prima reazione coordinata e sistemica è consistita nell'avvio di una campagna vaccinale massiva. Al momento, quindi, i maggiori sforzi sono profusi nell'approvvigionamento dei vaccini mentre soluzioni estemporanee, quali quella discussa in questo contributo, seppur ancora formalmente esistenti, sono state abbandonate.

Piuttosto, sembra interessante menzionare, in conclusione di questo breve contributo, le iniziative rivolte a una c.d. Unione europea della salute. È ancora prematuro esprimere un parere su quanto ancora embrionalmente proposto; tuttavia, si possono riportare i principali assi di intervento: i) strategia farmaceutica³⁷; ii) preparazione e resilienza³⁸; iii) risposta alle minacce

³⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia farmaceutica per l'Europa*, COM/2020/761 final.

³⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Costruire un'Unione europea della*

alla salute aventi carattere transfrontaliero³⁹; iii) estensione del mandato dell’Agenzia europea dei medicinali e del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie⁴⁰. In particolare, per quanto concerne la preparazione e la resilienza, il sistema di allarme rapido e di reazione (SARR), in coordinamento con il meccanismo unionale di protezione civile⁴¹, dovrebbe contribuire a garantire la mobilità transfrontaliera dei pazienti. Rimane da verificare quanto ciò possa essere efficace sia nelle more della pandemia di COVID-19 sia nei mesi a venire, soprattutto alla luce dell’avvio dei lavori della Conferenza sul futuro dell’Europa. Anche in questo contesto, non mancano elementi di pessimismo – o forse di sano realismo? – nella misura in cui la dichiarazione congiunta dei Presidenti della Commissione, del Consiglio e del Parlamento si riferisce solo «alla creazione di un continente sano⁴²» nello scenario *post*-pandemico senza aggiungere altro.

salute: rafforzare la resilienza dell’UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero, COM/2020/724 final.

³⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 1082/2013/UE COM(2020) 727 final, 2020/0322 (COD).

⁴⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un ruolo rafforzato dell’Agenzia europea per i medicinali nella preparazione alle crisi e nella loro gestione in relazione ai medicinali e ai dispositivi medici COM(2020) 725 final, 2020/0321 (COD).

⁴¹ Si veda anche la proposta di decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile COM(2020) 220 final, 2020/0097(COD).

⁴² Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell’Europa. Dialogo con i cittadini per la democrazia – Costruire un’Europa più resiliente, p. 4.

Un primo bilancio sull'operato della BCE nella gestione della crisi economica pandemica

LUCA LIONELLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il *Pandemic Emergency Purchase Programme*. – 3. Un confronto con le altre applicazioni del mandato di politica monetaria della BCE. – 4. I dubbi sulla legittimità dell'operato della BCE. – 5. L'applicazione del giudizio di proporzionalità nei confronti del PEPP. – 6. Le reazioni della BCE alla sentenza della Corte costituzionale tedesca. – 7. I limiti della politica monetaria e lo sviluppo dei primi strumenti di politica fiscale. – 8. Conclusioni.

ABSTRACT: In seguito allo scoppio della pandemia COVID-19, la BCE è intervenuta fermamente a sostegno della stabilità dell'euro attraverso un nuovo piano di alleggerimento quantitativo, il *Pandemic Emergency Purchase Programme*, volto a fornire sufficiente liquidità agli Stati membri in difficoltà e al sistema finanziario nel suo complesso. L'impegno della BCE non si è ridotto in seguito alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 che, dichiarando l'incostituzionalità del precedente piano di acquisti di titoli pubblici tra il 2015 e il 2019, è sembrata mettere in discussione la legittimità degli interventi in atto per contrastare lo shock economico determinato dalla pandemia. Allo stesso tempo, la crisi ha evidenziato i limiti oggettivi all'operato della banca centrale di un'organizzazione internazionale quale l'Unione europea, che nonostante i suoi sforzi non può supplire alle carenze derivanti dall'assenza di una politica fiscale comune. Il presente articolo intende richiamare brevemente i comportamenti adottati dalla BCE durante la crisi economica pandemica e riflettere sul ruolo che essa ha svolto e continua a svolgere per garantire la stabilità dell'euro e la sopravvivenza del progetto di unione monetaria.

PAROLE CHIAVE: Crisi sanitaria – BCE – *Pandemic Emergency Purchase Programme* – Unione monetaria – stabilità della zona euro – giudizio di proporzionalità.

1. Introduzione

La crisi sanitaria innescata dalla pandemia COVID-19 e le sue gravissime conseguenze economiche e sociali hanno posto l'Unione europea davanti ad un bivio esistenziale: dimostrare l'efficacia delle sue istituzioni sovranazionali e sviluppare strumenti comuni di gestione della crisi, o crollare sotto il peso schiacciante degli egoismi nazionali. Ciò è emerso in tutta la sua drammaticità già nella primavera del 2020 quando, parallelamente al propagarsi del contagio, i mercati azionari sono crollati, le maggiori economie del

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica di Milano, luca.lionello@unicatt.it.

mondo sono entrate in recessione e i titoli di Stato dei Paesi finanziariamente meno solidi della zona euro sono stati messi sotto forte pressione.

Dopo le prime incertezze¹, la Banca centrale europea (BCE) è intervenuta fermamente attraverso un nuovo piano straordinario di acquisto dei titoli privati e pubblici al fine di garantire liquidità sufficiente agli Stati membri e al sistema finanziario nel suo complesso. L'impegno della BCE non si è ridotto in seguito alla sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 5 maggio 2020 che, dichiarando l'incostituzionalità del precedente piano di acquisti di titoli pubblici tra il 2015 e il 2019, sembrava mettere in discussione anche la legittimità dei nuovi interventi di politica monetaria per contrastare la crisi economica e finanziaria determinata dalla pandemia². Allo stesso tempo, i danni profondi e a lungo termine inferti al tessuto sociale e produttivo dei Paesi membri hanno posto degli interrogativi circa le capacità reali della BCE di farsi carico da sola della stabilizzazione dell'economia europea e supplire alle carenze derivanti dall'assenza di una vera unione fiscale nell'UE.

Il presente articolo intende richiamare brevemente i comportamenti adottati dalla BCE durante la crisi economica pandemica e riflettere sul ruolo che essa ha svolto e continua a svolgere per garantire la stabilità dell'euro e dell'unione monetaria.

2. Il *Pandemic Emergency Purchase Programme*

Durante una riunione di emergenza nella notte del 18 marzo, il Consiglio direttivo della BCE ha adottato a maggioranza il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (programma di acquisto per l'emergenza pandemica, noto con l'acronimo PEPP)³, un piano di massicci acquisti di titoli pubblici e privati nell'area euro per reagire allo *shock* economico rappresentato dallo scoppio della pandemia e garantire in questo modo l'obiettivo della stabilità

¹ Si fa riferimento alla dichiarazione del Presidente della BCE, Christine Lagarde, che durante una conferenza stampa del 12 marzo 2020 aveva affermato: «We are not here to close spreads. This is not the function or the mission of the ECB. There are other tools for that, and there are other actors to actually deal with those issues». La frase di Lagarde è stata interpretata come un atto di disimpegno della BCE nel contenimento degli attacchi speculativi contro il debito pubblico dei Paesi più fragili dell'area euro causando nei giorni successivi gravi tensioni sul mercato dei *bond*.

² Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, *PSPP*.

³ Comunicato stampa del Consiglio direttivo della BCE del 18 marzo 2020, *ECB announces € 750 billion Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)*. Il piano è stato poi definitivamente approvato con la decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea del 24 marzo 2020 su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica.

dei prezzi ed il corretto funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica monetaria. Il suo valore, inizialmente di 750 miliardi di euro, è stato progressivamente esteso fino a raggiungere 1.850 miliardi di euro, che verranno investiti nel sistema finanziario europeo sino alla fine di marzo 2022 e, in ogni caso, finché non si riterrà conclusa la fase critica legata alla crisi sanitaria⁴.

Il PEPP si differenzia dalle precedenti misure non convenzionali di politica monetaria sotto alcuni aspetti rilevanti: la ripartizione degli acquisti dei titoli pubblici, pur basandosi sullo schema di partecipazione delle banche centrali nazionali al capitale della BCE (*capital key*), è condotta in modo flessibile, potendo favorire maggiormente i Paesi e le classi di attività che ne avranno più bisogno in un determinato periodo. Il piano prevede l'acquisto anche dei titoli di Stato greci, che le agenzie di *rating* avevano a lungo classificato come *junk*. Inoltre, al fine di preservare il flusso del credito verso le famiglie e le imprese, la BCE ha deciso di accettare cambiali di adeguata qualità creditizia e una più vasta gamma di attività come garanzia per le operazioni di rifinanziamento. La condivisione dei rischi segue invece le stesse regole dei programmi precedenti: le eventuali perdite derivanti dall'acquisto di *asset* privati vengono pienamente mutualizzate; per i titoli pubblici la condivisione dei rischi copre solo il 20 per cento degli acquisti, mentre per il rimanente è distribuito su base proporzionale tra le banche centrali nazionali.

Come è stato già dimostrato dai fatti, gli acquisti nel quadro del PEPP possono crescere di entità ed essere adeguati a seconda delle circostanze. Accanto ai rischi per il corretto funzionamento dei meccanismi di trasmissione della politica monetaria, la BCE può ricalibrare la dotazione del programma per contrastare lo shock negativo innescato dalla pandemia anche sotto il profilo dell'inflazione. Rispetto alla sua attivazione nel marzo 2020 non solo la portata e la durata del piano è stata più che raddoppiata, ma gli acquisti di titoli sono stati condotti ad un ritmo progressivamente sempre più elevato.

Accanto all'attuazione del PEPP, la BCE ha esteso il precedente programma di acquisto di attività (PAA), già attivo dal 2014, che ha oggetto titoli di Stato, obbligazioni societarie e titoli derivanti da cartolarizzazioni e

⁴ Comunicato stampa del Consiglio direttivo della BCE dell'11 marzo 2021, *Monetary policy decisions*.

obbligazioni, ed ha mantenuto i tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali su livelli minimi⁵.

3. Un confronto con le altre applicazioni del mandato di politica monetaria della BCE

Ancora una volta la BCE ha dimostrato di essere il soggetto a livello europeo più capace di intervenire in modo tempestivo quando è a rischio la sopravvivenza dell'unione monetaria a causa di un possibile *default* dei singoli Paesi o altri gravi *shock* del sistema finanziario. Proprio l'impegno a preservare l'euro a qualunque costo è diventato il modo con cui la BCE intende ormai adempire al proprio mandato di politica monetaria durante le crisi.

Notoriamente, l'art. 127, par. 1, TFUE identifica come obbiettivo primario della politica monetaria del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) la stabilità dei prezzi, da intendersi come un livello di inflazione prossimo al 2 per cento⁶. Cosa diversa è, invece, la stabilità della zona euro nel suo complesso, obbiettivo principale di politica economica che compete agli Stati membri in quanto detentori esclusivi della sovranità fiscale⁷. Allo scoppio della pandemia, gli unici strumenti disponibili nella governance economica per il perseguimento di questo obbiettivo erano il coordinamento delle politiche di bilancio degli Stati membri nel quadro del Patto di stabilità e crescita e, in caso di emergenza, l'assistenza finanziaria condizionata da parte del Meccanismo europeo di stabilità (MES). Purtroppo, la storia recente ha già dimostrato l'inefficacia degli attuali strumenti di governance economica nel garantire la stabilità della zona euro nel suo complesso. Già durante la crisi del debito sovrano scoppiata alla fine del 2009, la scarsa credibilità delle regole di finanza pubblica, la logica intergovernativa dei meccanismi di stabilizzazione oltre che le limitate risorse disponibili per l'assistenza finanziaria, hanno impedito ai governi di garantire da soli la tenuta dell'unione monetaria.

⁵ I tassi di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali, sulle operazioni di rifinanziamento marginale e sui depositi presso la banca centrale si trovano al momento su livelli minimi, rispettivamente allo 0.00 per cento, allo 0.25 per cento e al -0.50 per cento.

⁶ Sin dal 2003 il Consiglio Direttivo della BCE ha quantificato l'obbiettivo della stabilità dei prezzi in un livello di inflazione annuo prossimo, ma inferiore, al 2 per cento. L'8 luglio 2021, lo stesso Consiglio direttivo ha dichiarato che il nuovo obbiettivo di politica monetaria sarà «un livello dell'inflazione del 2% a medio termine» da perseguirsi in modo simmetrico.

⁷ Sulla differenza tra gli obbiettivi di politica monetaria e di politica economica vedi: CGUE, sentenza del 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, punti 55-56.

A causa di questi *deficit* strutturali, la BCE è dovuta intervenire per neutralizzare i rischi sistemici per la stabilità dell'euro (e della zona euro). Sono ormai divenute leggendarie le parole con cui il Presidente della BCE, Mario Draghi, ha reso esplicito questo impegno nel luglio 2012: «Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough»⁸. È seguita l'adozione di due misure non convenzionali di politica monetaria, che hanno segnato una svolta nella gestione della crisi. Il programma *Outright Monetary Transactions* (OMT), annunciato nel settembre 2012, prevede l'acquisto senza limiti dei titoli a breve termine dei Paesi che avrebbero attuato un piano di aggiustamento macroeconomico nel quadro del MES. Lo scopo dell'OMT è quello di disinnesicare alcuni fenomeni speculativi sul mercato secondario dei *bond* che impediscono il corretto funzionamento dei meccanismi di trasmissione della politica monetaria, pregiudicando così la capacità della BCE di perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi. Il programma OMT non è stato ancora attivato nei confronti di alcun Stato membro. La sua sola predisposizione, tuttavia, ha avuto l'effetto di ridurre gli attacchi speculativi sul debito dei Paesi più fragili della zona euro. A partire dal 2014, è stato invece attuato un piano di così detto "alleggerimento quantitativo" (il già citato PAA) che prevede l'acquisto di *asset* pubblici e privati nella zona euro al fine di evitare i rischi di deflazione e garantire così l'obiettivo della stabilità dei prezzi. In particolare, il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) ha permesso l'acquisto di una grande quantità di titoli sul mercato secondario per un valore di circa 2.2 trilioni di euro tra il 2015 e il 2020.

4. I dubbi sulla legittimità dell'operato della BCE

Durante la crisi del debito sovrano le misure non convenzionali di politica monetaria della BCE hanno avuto l'effetto di contenere le pressioni dei mercati sul debito dei Paesi più fragili e favorire la stabilizzazione dell'area euro, pur destando non poche polemiche. La CGUE è stata infatti già adita due volte in via pregiudiziale dalla Corte costituzionale federale tedesca per verificare se le politiche non convenzionali della BCE rientrassero nel suo mandato e fossero compatibili con il divieto di finanziamenti monetari, di cui all'art. 123 TFUE. Nei casi *Gauweiler*⁹ e *Weiss*¹⁰, i giudici di Lussemburgo

⁸ Discorso del Presidente della Banca centrale europea, Mario Draghi, al Global Investment Conference, Londra, 26 luglio 2012, reperibile *online*.

⁹ CGUE, sentenza del 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*.

¹⁰ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*.

hanno affermato che gli acquisti straordinari di titoli di Stato da parte della BCE, rispettivamente nel quadro dei programmi OMT e PSPP, si giustificavano in quanto finalizzati a garantire l'unicità della politica monetaria e la stabilità dei prezzi, nonostante producessero anche degli effetti indiretti sulla politica fiscale nazionale. Ciò rimaneva ammissibile nella misura in cui i programmi di acquisto dei titoli di Stato avessero obiettivi di politica monetaria, fossero proporzionali al perseguimento di quest'ultimi, non fossero equivalenti a finanziamenti diretti sul mercato primario del debito e non incentivassero comportamenti di azzardo morale da parte degli Stati membri.

Mentre i giudici di Karlsruhe hanno accettato, pur con alcuni *caveat*, le conclusioni della CGUE nel caso *Gauweiler*, essi si sono rifiutati di fare altrettanto nel caso *Weiss*. Il 5 maggio 2020, dunque in piena crisi pandemica, la Corte costituzionale federale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'acquisto degli *asset* pubblici attuati all'interno del programma PSPP (*PSPP Urteil*)¹¹. In particolare, secondo i giudici tedeschi la BCE avrebbe esercitato la sua competenza monetaria in modo sproporzionato, attuando politiche aventi di fatto natura fiscale in violazione del principio di attribuzione. La CGUE avrebbe a sua volta agito al di là delle sue competenze dichiarando legittimo il programma PSPP senza tenere in sufficiente considerazione i suoi effetti di politica economica ai fini del giudizio proporzionalità. Il risultato sarebbe stato un «un'interpretazione dei Trattati non [...] più comprensibile e quindi oggettivamente arbitraria», a cui giudici tedeschi hanno rifiutato di attenersi. In applicazione della dottrina *ultra vires*, la Corte di Karlsruhe ha pertanto dato tre mesi di tempo alla BCE per dimostrare in modo comprensibile e sostanziale al Governo e al Parlamento tedesco che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti tramite il programma PSPP non fossero sproporzionati rispetto ai suoi effetti di politica fiscale. In mancanza di ciò, la *Bundesbank* non avrebbe più potuto continuare a partecipare all'attuazione del programma.

Pur riferendosi al piano precedente, il *PSPP Urteil* è stato di certo percepito come un ulteriore fattore di destabilizzazione per l'Unione europea e la zona euro in un momento in cui la pandemia innescava una gravissima crisi economica e sociale dall'esito incerto.

¹¹ Corte costituzionale federale tedesca, *PSPP*, cit.

5. L'applicazione del giudizio di proporzionalità nei confronti del PEPP

Alla luce del dibattito giurisprudenziale appena richiamato, è certamente legittimo domandarsi se anche il PEPP possa ritenersi legittimo in base al principio di proporzionalità. Notoriamente quest'ultimo richiede di valutare una certa misura sotto il profilo sia dell'idoneità, che della necessità. Nel caso concreto, ciò significa che i programmi di acquisto dei titoli da parte della BCE devono essere non solo in grado di perseguire la stabilità dei prezzi, ma anche essere attuati con modalità tali da raggiungere questo obiettivo quanto basti. Si noti che ai fini del giudizio di proporzionalità la CGUE ha sempre garantito un grande margine di discrezionalità alla BCE quando essa deve procedere a scelte di natura tecnica ed effettuare previsioni e valutazioni complesse¹². La Corte potrà censurare una certa misura solo nel caso in cui essa sia viziata da «un manifesto errore di valutazione»¹³.

Sotto il profilo dell'idoneità, si ricorda che il programma PEPP è stato adottato in seguito allo scoppio di una gravissima crisi economica che ha non solo aumentato il costo di finanziamento del debito pubblico di alcuni Stati membri, ma ha anche trascinato al ribasso il tasso di inflazione in tutta l'Unione europea. Come è stato già riconosciuto dalla CGUE e dalla Corte di Karlsruhe, la volatilità eccessiva dei tassi di interesse sul debito pubblico di alcuni Stati membri può danneggiare l'integrità e l'efficacia della politica monetaria, il che giustifica azioni mirate di acquisto di *asset* pubblici sui mercati secondari¹⁴. Inoltre, l'esperienza consolidata delle banche centrali, inclusa la BCE, ha altresì dimostrato che l'acquisto massiccio di titoli è idoneo a facilitare l'accesso ai finanziamenti utili all'espansione dell'attività economica, favorendo il ribasso dei tassi di interesse reali e spingendo le banche commerciali a concedere più credito per riequilibrare i loro portafogli, e quindi in ultima analisi a perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi¹⁵. Alla luce di queste considerazioni, l'intervento della BCE è pertanto da ritenersi idoneo.

Più complesso è invece verificare la necessità del programma, ovvero che gli acquisti di titoli non eccedano quando serva effettivamente al raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria. Proprio su questo tema si era consumata la frattura principale tra la Corte europea e quella di Karlsruhe

¹² CGUE, *Weiss*, cit., punto 73.

¹³ Ivi, punto 78.

¹⁴ CGUE, *Gauweiler*, cit., punti 72-74; Corte costituzionale federale tedesca, sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, *OMT*, punti 78-80.

¹⁵ CGUE, *Weiss*, cit., punto 77; Corte costituzionale federale tedesca, *PSPP*, cit., punti 77-78.

nel caso *Weiss*. Da una parte i giudici di Lussemburgo avevano ritenuto sussistere garanzie sufficienti tali da impedire che il PSPP perseguisse gli obiettivi di politica monetaria in modo manifestamente sproporzionato, fra cui la mancanza di selettività del programma, il rispetto di elevati criteri di idoneità dei *bond* coinvolti negli acquisti, la durata limitata del piano, limiti preventivi al volume degli acquisti, rigorosi tetti massimi di acquisto per emissione e per emittente¹⁶. I giudici tedeschi avevano ritenuto al contrario che proprio le modalità di attuazione del PSPP facevano sì che esso potesse produrre effetti sostanziali di politica economica in violazione del mandato della BCE. È importante notare che per la CGUE le interferenze tra politica monetaria e quella fiscale non sono determinanti ai fini del giudizio di proporzionalità, essendo fisiologico che gli acquisti di titoli pubblici da parte della BCE producano effetti sull'economia reale, incluse le condizioni di finanziamento degli Stati. Per la Corte costituzionale tedesca invece si tratta di una questione decisiva, perché se la BCE attuasse politiche monetarie in grado di produrre effetti sostanziali di natura economica, verrebbe intaccata la competenza fiscale degli Stati membri in violazione del principio di attribuzione¹⁷. Data questa premessa, i giudici di Karlsruhe hanno evidenziato nel caso del PSPP una serie di effetti di politica economica potenzialmente sproporzionati, *in primis* l'alterazione sostanziale delle condizioni di finanziamento degli Stati membri, ma anche una maggiore esposizione del sistema bancario verso il debito nazionale, i rischi di bolle nel settore immobiliare e azionario e la possibilità per le imprese in dissesto finanziario di restare sul mercato grazie al facile accesso al credito¹⁸. Per questo motivo hanno deciso di ritenere l'azione della BCE *ultra vires*, salvo prova contraria.

Alla luce di questi precedenti giurisprudenziali, è possibile fare alcune riflessioni circa l'effettiva necessità del PEPP. Si ricordi che quest'ultimo presenta alcuni elementi di continuità con i precedenti piani di acquisto di titoli (in particolare il PSPP), tra cui la temporaneità del programma, una dimensione stabilita *ex ante* dalla BCE e regole per la ripartizione dei rischi tra la BCE e le banche centrali nazionali. La CGUE aveva ritenuto tali garanzie sufficienti per garantire la necessità degli acquisti di titoli. Quanto alle discontinuità, il PEPP prevede innanzitutto il coinvolgimento di *asset* privati e pubblici più rischiosi rispetto ai piani precedenti. Il 7 aprile il Consiglio direttivo ha deciso di ammorbidire i criteri che determinano l'idoneità delle

¹⁶ CGUE, *Weiss*, cit., punti 82-100.

¹⁷ Corte costituzionale federale tedesca, *PSPP*, cit., punti 119, 122, 123.

¹⁸ Ivi, punti 171-175.

garanzie ai fini delle operazioni di credito dell'Eurosistema¹⁹ e di sospendere i requisiti minimi di *rating* previsti per l'acquisto dei titoli greci²⁰. Pochi giorni dopo, il Consiglio direttivo della BCE ha stabilito che avrebbe mantenuto, fino a settembre 2021, l'idoneità delle attività negoziabili e degli emittenti che soddisfacevano i requisiti minimi di qualità creditizia al 7 aprile 2020 nell'eventualità di un declassamento da parte delle agenzie accreditate nell'ambito dell'Eurosistema²¹. Purché i *rating* restino al di sopra di un determinato livello di qualità creditizia, la BCE si è quindi resa disponibile ad acquistare il debito anche dei Paesi membri la cui stabilità finanziaria possa subire gravi danni durante la pandemia²². Il secondo elemento di discontinuità rispetto al passato è che il PEPP non deve rispettare il *capital key* della BCE per la ripartizione degli acquisti dei titoli pubblici tra gli Stati membri²³, il che significa che la l'Eurosistema potrebbe esporsi in modo importante nei confronti del debito di alcuni Stati membri (già finanziariamente compromessi)²⁴. Inoltre, la stessa Presidente Lagarde ha ammesso che la regola prevista per il PSPP, secondo cui le banche centrali dell'Eurosistema non possono detenere più del 33 per cento di una determinata emissione di titoli delle amministrazioni centrali di uno Stato membro o più del 33 per cento dei titoli in circolazione di una di queste amministrazioni, potrebbe essere derogata nel quadro del PEPP se ciò fosse necessario al perseguimento degli obiettivi del programma. Date queste premesse è plausibile ritenere che anche nel caso del PEPP si stanno verificando quegli effetti di politica economica che la CGUE ritiene fisiologici, mentre il *Bundesverfassungsgericht* potrebbe considerare problematici sotto il profilo della proporzionalità.

¹⁹ Decisione (UE) 2020/506 della BCE del 7 aprile 2020, che modifica l'indirizzo (UE) 2015/510 sull'attuazione del quadro di riferimento della politica monetaria dell'Eurosistema e l'indirizzo (UE) 2016/65 sugli scarti di garanzia applicati nell'attuazione del quadro di riferimento della politica monetaria dell'Eurosistema.

²⁰ Indirizzo (UE) 2020/515 della Banca centrale europea del 7 aprile 2020, che modifica l'indirizzo BCE/2014/31 relativo a misure temporanee supplementari sulle operazioni di rifinanziamento dell'Eurosistema e sull'idoneità delle garanzie.

²¹ Comunicato stampa del Consiglio direttivo della BCE del 22 aprile 2020, *ECB takes steps to mitigate impact of possible rating downgrades on collateral availability*.

²² Il criterio minimo per partecipare al programma è *Credit quality step 5*. Si noti che, secondo la Corte costituzionale federale tedesca, acquisti di titoli pubblici inferiori ad una certa soglia di qualità (nel caso del PSPP *Credit Quality Step 3*) determinerebbero invece una violazione dell'art. 123 TFUE sul divieto di finanziamenti monetari. Vedi Corte costituzionale federale tedesca, *PSPP*, cit., punto 208.

²³ Vedi la lettera di Christine Lagarde, Presidente della BCE, a Manon Aubry, membro del Parlamento europeo, 22 dicembre 2020, L/CL/20/315.

²⁴ Per esempio, nei suoi primi mesi di attività il PEPP ha acquistato grandi quantità di debito pubblico italiano, superando la percentuale della quota di partecipazione della Banca d'Italia al capitale della BCE.

Certamente le modalità di attuazione del PEPP e i suoi effetti sulle condizioni di finanziamento degli Stati devono essere considerati alla luce della pandemia. La catastrofe economica che essa ha innescato rappresenta infatti un contesto ben diverso rispetto alla situazione di crescita stagnante e bassa inflazione in cui versava la zona euro quando fu lanciato il PSPP. Senza le importanti iniezioni di liquidità nel sistema finanziario, è probabile che non solo l'economia europea sarebbe caduta in una grave spirale deflattiva, ma anche i meccanismi di trasmissione della politica monetaria sarebbero stati bruscamente interrotti già nella primavera del 2020. Non bisogna pertanto escludere che la Corte tedesca possa mostrarsi più "indulgente" nel caso di un giudizio di proporzionalità applicato al PEPP alla luce dell'attuale situazione di emergenza senza precedenti. La CGUE, invece, sulla base della sua giurisprudenza precedente, dovrebbe potere argomentare agilmente a favore della necessità del programma.

6. Le reazioni della BCE alla sentenza della Corte costituzionale tedesca

Al di là della sua rilevanza come precedente in un'eventuale controversia giudiziaria sulla legittimità del PEPP, il *PSPP Urteil* rappresenta un attacco molto serio all'indipendenza della BCE e alle sue prerogative sovrane stabilite nei Trattati europei. Una corte costituzionale nazionale si è permessa, sulla base di una concezione in gran parte ideologica della distinzione tra politica monetaria e politica fiscale, di censurare l'operato della BCE, rischiando di pregiudicare l'esecuzione non solo del precedente piano di acquisto dei titoli, ma anche del nuovo programma lanciato per contrastare gli effetti della crisi in corso. Fortunatamente, la reazione della BCE in seguito alla pubblicazione del *PSPP Urteil* ha dato prova della sua forte determinazione nel continuare a preservare l'euro a qualunque costo, nonostante le incertezze.

Innanzitutto, la Presidente Lagarde è stata subito molto chiara nel rigettare i tentativi di interferenze da parte dei giudici tedeschi: «Siamo un'istituzione europea con competenze sull'eurozona. Rendiamo conto al Parlamento europeo e ricadiamo sotto la giurisdizione della Corte di giustizia europea»²⁵. Anche successivamente, i membri del Comitato direttivo hanno ribadito che il programma PSPP era pienamente legittimo, in quanto così

²⁵ Intervento di Christine Lagarde, Presidente della Banca centrale europea, Bloomberg Webinar, 7 maggio 2020, reperibile *online*.

aveva deciso una volta per tutte la CGUE nella sentenza *Weiss*, e che pertanto anche il PEPP avrebbe continuato imperterrito²⁶.

La BCE non si è pertanto sentita obbligata a giustificare davanti alle autorità nazionali la proporzionalità delle sue misure non convenzionali di politica monetaria, come veniva invece prescritto nel *PSPP Urteil*. È vero che il Consiglio direttivo nelle sue decisioni di politica monetaria del 3-4 giugno 2020 ha fatto delle considerazioni generali sulla proporzionalità dei piani attivi di acquisto dei titoli e, su richiesta della *Bundesbank*, ha autorizzato la condivisione con il Governo ed il Parlamento tedeschi di alcuni documenti riservati. Non si tratta però di adempimenti che la BCE ha inteso soddisfare in ottemperanza del giudicato tedesco, quanto nel normale rispetto del principio di trasparenza del suo operato in uno spirito di leale cooperazione²⁷. Di fatto è stata soprattutto la *Bundesbank* ad essersi adoperata per soddisfare le richieste della Corte di Karlsruhe, cosa che potrebbe suggerire un contenimento delle conseguenze del *PSPP Urteil* all'interno dell'ordinamento tedesco. Si noti infine che, con ordinanza del 29 aprile 2021, la Corte costituzionale tedesca ha respinto due domande dirette ad ottenere un'ordinanza di esecuzione della sentenza del 5 maggio 2020, affermando che spetta al Parlamento e al Governo tedesco decidere se, sulle basi delle informazioni ricevute, il PSPP sia in ultima analisi un programma proporzionato²⁸. Sarebbe stata in particolare la plenaria del *Bundestag* il 2 luglio 2020 a confermare il via libera all'operato della BCE alla luce dei chiarimenti offerti dal Consiglio direttivo il precedente 4 giugno. Pur non rinnegando il precedente giudizio sull'operato della BCE e della CGUE, la Corte costituzionale tedesca è stata pertanto costretta ad (auto)limitare gli effetti pratici del suo verdetto, affidando l'attuazione del giudizio *ultra vires* alla valutazione politica del Parlamento e del Governo nazionali.

Un segno più chiaro di come la BCE non si sia fatta intimidire dalle ingerenze provenienti da Karlsruhe sono state le stesse misure di politica monetaria messe in atto dopo la pubblicazione della sentenza. Non solo il PEPP è stato gradualmente intensificato, dai 750 miliardi di euro di investimenti

²⁶ Cfr. tra i numerosi interventi, il discorso introduttivo di Yves Mersch, Membro del Consiglio direttivo della BCE e Vicepresidente del Comitato di vigilanza della BCE, *Legal aspects of the European Central Bank's response to the coronavirus (COVID-19) pandemic – an exclusive but narrow competence*, ESCB Legal Conference, Francoforte, 2 novembre 2020.

²⁷ V. il discorso introduttivo di Yves Mersch, membro del Consiglio direttivo della BCE e Vicepresidente del Comitato di vigilanza della BCE, *In the spirit of European cooperation*, Salzburg Global Webinar, 2 luglio 2020.

²⁸ Corte costituzionale federale tedesca, ordinanza del 29 aprile 2021, 2 BvR 1651/15. Si noti che i giudici hanno riconosciuto un ampio «margine di apprezzamento, valutazione e manovra» al Parlamento e al Governo tedesco, nella valutazione del piano PSPP. Ivi, punto 90.

annunciati a marzo 2020, ai 1.350 miliardi di euro nel successivo mese di giugno fino agli attuali 1.850 miliardi di euro decisi a dicembre. Anche il programma PSPP, che la Corte tedesca aveva espressamente censurato, è stato riattivato e la *Bundesbank* ha continuato a parteciparvi. È chiaro che la BCE ritiene questi interventi pienamente legittimi. L'estensione e l'intensificazione del PEPP negli ultimi mesi, oltre ad essere funzionale al raggiungimento degli obiettivi del programma, è servito anche a palesare che la BCE non intende farsi condizionare da pressioni esterne.

Si noti infine che anche la Commissione europea ha reagito alle ingerenze della Corte costituzionale tedesca. Il 9 giugno 2020 ha infatti inviato al Governo tedesco una lettera di costituzione in mora per la violazione determinata dalla sentenza PSPP dei principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, nonché della competenza della CGUE²⁹. Anche se non è chiaro quali possano essere gli esiti di una procedura di infrazione è di certo positivo che la Commissione abbia voluto stigmatizzare dei comportamenti incompatibili con la preservazione dell'integrità e dell'efficacia dell'ordinamento giuridico europeo e l'esercizio delle competenze di politica monetaria da parte della BCE.

7. I limiti della politica monetaria e lo sviluppo dei primi strumenti di politica fiscale

Da questa esperienza l'indipendenza e l'autorità della BCE escono per il momento rafforzate. Ferma la natura ancora confederale dell'Unione, la BCE è riuscita a ribadire il proprio approccio di politica monetaria a difesa integrale della moneta unica, mantenendo un rapporto fondato sì sul principio di leale cooperazione, ma anche sul rispetto delle competenze sovrane conferite dai Trattati alle istituzioni UE.

Sarebbe ingenuo, tuttavia, immaginare che la sentenza della Corte tedesca non lasci comunque degli strascichi. Anche se i sostenitori di un approccio di politica monetaria ortodosso sono rimasti in minoranza in seno al Consiglio direttivo, non è detto che tale equilibrio debba restare lo stesso in futuro. È ormai palese che gli sforzi attuati dalla BCE per garantire la stabilità della zona euro nel suo complesso attraverso politiche monetarie giustificabili anche sotto il profilo della stabilità dei prezzi continueranno a destare polemiche e controversie giudiziarie dall'esito incerto. Inoltre, se tale approccio di politica monetaria è stato tollerato finora nella misura in cui è

²⁹ Lettera di costituzione in mora della Repubblica federale di Germania, 9 giugno 2021.

ancora percepito come necessario per superare una crisi, cosa succederebbe se nel lungo periodo non fosse più sufficiente a farlo?

È quanto notato da alcuni osservatori, secondo cui la BCE starebbe gradualmente esaurendo gli strumenti a disposizione per incidere sulla tenuta del sistema finanziario, avendo già abbassato i tassi di interesse a livelli record ed investito enormi quantità di denaro nel sistema finanziario e nel debito degli Stati membri. Il rischio è che questo tipo di politica monetaria espansiva possa perdere nel tempo la sua efficacia e creare delle bolle in alcuni settori fondamentali per la stabilità finanziaria dell'Unione europea tra cui il sistema bancario, i fondi pensioni e quelli assicurativi. Più in generale, le banche centrali non sono necessariamente i soggetti più adatti a promuovere politiche di ripresa nel corso di crisi prolungate, non potendo indirizzare in modo efficiente le risorse di cui dispongono verso priorità specifiche e settori determinati del sistema economico. Per lo stesso motivo la politica monetaria ha difficoltà a gestire le divergenze macroeconomiche all'interno dell'area euro e a superare singole criticità legate al finanziamento di alcuni debiti nazionali. Fermo l'aiuto fondamentale che la BCE sta già fornendo agli Stati membri, in particolare quelli che hanno subito le conseguenze economiche più gravi dallo scoppio della pandemia, è difficile immaginare che la BCE possa spingersi fino a garantire acquisti illimitati di *asset* pubblici a favore di un Paese che è ormai prossimo al *default*.

La presa di consapevolezza circa le difficoltà crescenti della BCE a farsi carico da sola della tenuta dell'area euro, è uno dei motivi che ha spinto gli Stati membri a sostenere il progetto di *Next Generation EU*, proposto dalla Commissione nel maggio 2020. Per la prima volta nella storia dell'integrazione europea il bilancio dell'Unione potrà finanziarsi attraverso l'emissione di un'importante quantità di debito pubblico ed investire ingenti risorse nella ripresa economica. Pur rappresentando uno strumento di politica fiscale provvisorio e limitato, *Next Generation EU* completa il processo di stabilizzazione iniziato dalla BCE con il programma PEPP grazie all'investimento di risorse pubbliche europee in progetti a lungo termine volti a perseguire la decarbonizzazione e la digitalizzazione dell'economia. Ciò rappresenta in prospettiva un importante fattore di novità non solo per l'Unione, ma anche per la BCE, che almeno per il momento potrà essere sollevata dalla responsabilità di essere l'unica istituzione UE impegnata a fare politiche di stabilizzazione a livello europeo e potrà esimersi dall'escogitare misure di gestione della crisi giuridicamente controverse con gli strumenti di politica monetaria a sua disposizione.

8. Conclusioni

L'articolo ha analizzato brevemente in che modo la crisi pandemica ha creato nuove condizioni per il perseguimento del mandato di politica monetaria da parte della BCE.

Da una parte, il lancio di un nuovo ingente piano di alleggerimento quantitativo ha confermato l'intenzione della BCE di preservare l'euro a qualunque costo («whatever it takes»). Tale impegno risulta tanto più rafforzato, alla luce dell'incapacità della Corte costituzionale tedesca di imporre alla BCE un ritorno ad una gestione classica della politica monetaria che badi più al livello di inflazione che alla preservazione della moneta. La BCE si è definitivamente liberata del “complesso di Maastricht” ed agisce ormai come una banca centrale sovrana e indipendente, pienamente consapevole dell'indispensabilità del proprio ruolo come garante della stabilità in caso di emergenza³⁰.

La seconda grande innovazione è la presa di consapevolezza che, pur non tornando indietro, la BCE difficilmente potrà fare di più per preservare la moneta unica e che strumenti fiscali comuni sono necessari per garantire la stabilità della zona euro e dell'Unione europea in modo sostenibile ed efficace. Se *Next Generation EU* aprisse la strada alla creazione di una vera unione fiscale a livello europeo, il processo di normalizzazione della BCE sarebbe completo: essa potrebbe perseguire il suo mandato senza temere i possibili effetti di default sovrani sull'efficacia e l'integrità della sua politica monetaria³¹.

³⁰ Alla luce di questi interventi è stato sostenuto che la BCE si sia ormai appropriata del ruolo di prestatore di ultima istanza nella zona euro, nonostante questo ruolo non le sia stato espressamente assegnato dai Trattati. Vedi D. QUINN, *The Law and Norms of the European Central Bank as Sovereign Lender of Last Resort: Crystallising Endogenous Authority*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 1 ss., spec. p. 24 ss.

³¹ Anche la funzione di “prestatore di ultima istanza” potrebbe essere esercitata pienamente dalla BCE solo nell'eventualità in cui venga sviluppata una vera unione fiscale a livello europeo.

Appalti di aggiudicazione congiunta nell'emergenza COVID-19 e sistema OMC: un esperimento regionale per una risposta globale

SARA PUGLIESE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Procedure di approvvigionamento dei prodotti sanitari per la gestione dell'emergenza pandemica: il *Joint Procurement Agreement*. – 3. Compatibilità delle procedure di appalto congiunto con gli accordi OMC. – 4. Procedure di approvvigionamento dei prodotti sanitari per la prevenzione di ulteriori emergenze pandemiche: gli Accordi Preliminari di Acquisto in materia di vaccini. – 5. Verso una disciplina multilaterale del commercio di prodotti sanitari. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente lavoro analizza le procedure di aggiudicazione congiunta avviate dalla Commissione europea per l'acquisizione di prodotti sanitari durante la pandemia di COVID-19 al fine di verificarne la rispondenza alle esigenze di rapidità, accessibilità ed equità nelle forniture nonché la compatibilità con gli Accordi OMC. In riferimento ai prodotti per la gestione dell'emergenza pandemica, lo studio evidenzia che, attraverso le procedure avviate sulla base del *Joint Procurement Agreement*, la Commissione ha contribuito a rafforzare il potere negoziale degli Stati nei confronti dei fornitori, garantendo la rapidità e l'adeguatezza degli approvvigionamenti. L'analisi evidenzia, altresì, che, pur non presentando incompatibilità con il *Government Procurement Agreement*, in fase di applicazione, il JPA potrebbe generare frizioni con le norme relative alle misure non tariffarie. Tali problemi possono essere evitati solo attraverso l'applicazione di standard internazionalmente riconosciuti. In riferimento ai prodotti necessari alla prevenzione di ulteriori emergenze pandemiche, l'analisi si concentra sugli Accordi Preliminari di Acquisto stipulati dalla Commissione con le imprese produttrici di vaccini. Pur mettendo in evidenza i vantaggi della scelta della Commissione di supportare finanziariamente le imprese fin dalla fase di sviluppo del vaccino, l'analisi fa emergere le carenze di tali accordi sotto il profilo della risoluzione delle controversie, suggerendo il ricorso a *dispute resolution boards* come strumenti rapidi di prevenzione di contrasti tra Commissione, Stati e imprese. Infine, lo studio sostiene la necessità che l'UE promuova un trattato multilaterale in grado di assicurare la sicurezza, l'accessibilità e la solidarietà nell'approvvigionamento di prodotti sanitari, garantendo altresì l'apertura e la libertà del mercato.

PAROLE CHIAVE: *Joint Procurement Agreement* – *Government Procurement Agreement* – accordi preliminari di acquisto – *dispute resolution boards* – cooperazione regolamentare – accordo multilaterale sui prodotti sanitari.

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli «Parthenope», sara.pugliese@uniparthenope.it.

1. Introduzione

A partire dallo scoppio dell'emergenza COVID-19, la Commissione europea ha posto in campo una serie di iniziative di supporto agli Stati per acquisire la quantità necessaria di farmaci e dispositivi di protezione a prezzi accessibili, non rinunciando al controllo sulla qualità e sulla sicurezza di tali prodotti. In questa prospettiva, la Commissione sta facendo sempre più di frequente ricorso alle procedure di appalto congiunto, in particolare a quelle previste dall'Accordo di aggiudicazione congiunta per le contromisure mediche (*Joint Procurement Agreement to procure medical countermeasures/JPA*)¹ e dallo strumento per il sostegno di emergenza².

Pur offrendo, rispetto alle procedure nazionali, maggiori garanzie di rapidità ed efficienza, le procedure in parola possono porre dubbi in termini di trasparenza e di rispetto dei principi di concorrenza e apertura degli appalti promossi dall'UE nell'ambito non solo del mercato interno ma anche dell'OMC.

Il presente contributo si focalizza sulle procedure di aggiudicazione congiunta gestite dalla Commissione per l'approvvigionamento di dispositivi medici e vaccini, analizzandone natura e modalità applicative al fine di valutare se esse possano contribuire a garantire migliori condizioni di acquisto, accesso equo e alti standard di qualità dei prodotti sanitari senza ostacolare la liberalizzazione degli appalti sul piano internazionale.

2. Procedure di approvvigionamento dei prodotti sanitari per la gestione dell'emergenza pandemica: il *Joint Procurement Agreement*

Le procedure di aggiudicazione congiunta sono gare di appalto avviate in cooperazione tra più amministrazioni. Già la direttiva 2004/18 faceva

¹ Commission Decision of 10 April 2014 on approval of the Joint Procurement Agreement to procure medical countermeasures pursuant to Decision 1082/2013/EU.

² Regolamento (UE) 369/2016 del Consiglio del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, art. 4, par. 5, come modificato dal regolamento (UE) 521/2020 del Consiglio del 14 aprile 2020 che attiva il sostegno di emergenza a norma del regolamento (UE) 369/2016 e che ne modifica disposizioni in considerazione dell'epidemia di COVID-19. La Commissione ha fatto ricorso anche a procedure di appalto centralizzato attraverso la «riserva RescEU». Sul punto, cfr., *amplius*, F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *Eurojus*, 2020, p. 95 ss., 97 ss.; G. BARTOLINI, «Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di International Disaster Law (Parte I)», *SIDIBlog – Forum COVID-19*, 22 maggio 2020.

implicito riferimento a tali procedure³, sperimentate in alcuni progetti finanziati con fondi dell'UE, soprattutto nel settore sanitario⁴. Attraverso il coordinamento delle amministrazioni nazionali negli appalti, si perseguiva la razionalizzazione e l'efficienza degli approvvigionamenti in vista di un miglioramento della qualità dei prodotti e di un risparmio di risorse pubbliche.

In seguito allo scoppio dell'influenza H1N1 (c.d. "influenza suina"), il Consiglio dell'Unione ha invitato la Commissione ad elaborare un meccanismo di aggiudicazione che consentisse agli Stati membri, su base volontaria, l'acquisizione congiunta di vaccini e farmaci antivirali⁵.

³ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *considerando* n. 9 «Vista la diversità che presentano gli appalti pubblici di lavori, è opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici possano prevedere sia l'aggiudicazione separata che l'aggiudicazione congiunta di appalti per l'esecuzione e la progettazione dei lavori. La presente direttiva non è intesa a prescrivere un'aggiudicazione separata o congiunta. La decisione relativa a un'aggiudicazione separata o congiunta dell'appalto deve fondarsi su criteri qualitativi ed economici che possono essere definiti dalle legislazioni nazionali». Cfr. anche art. 15.

⁴ Si pensi, ad esempio, all'HAPPI *project Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations* finanziato dalla Commissione europea (DG Enterprise) nell'ambito della *Call Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking and Financing Procurement*. Il progetto è finalizzato a creare una cooperazione tra le amministrazioni degli Stati partecipanti che gestiscono gli appalti nel settore sanitario.

⁵ Conclusioni del Consiglio Affari generali del 13 settembre 2010; conclusioni del Consiglio Occupazione, Politiche sociali, Salute e Consumatori del 6 e 7 dicembre 2010. Un incoraggiamento allo sviluppo di «partenariati nelle regioni di confine, al fine di condividere i costi relativi alle infrastrutture e al personale e ridurre le disuguaglianze in materia di salute, con particolare riferimento all'accesso alle attrezzature di punta» era contenuto anche nella risoluzione del Parlamento europeo dell'8 marzo 2011. Procedure di appalto congiunte per l'approvvigionamento di prodotti sanitari in situazioni epidemiche erano già state sperimentate da alcune Organizzazioni regionali (*Pharmaceutical Procurement Service* dell'Organizzazione degli Stati dei Caraibi Orientali; fondo di rimborso per l'approvvigionamento dei vaccini della *Pan American Health Organisation*; programma di acquisti di gruppo del Consiglio di Cooperazione del Golfo e schema di acquisto di gruppo multi-Stato nell'Europa dell'Est) e universali (*Global Fund Programme TB, HIV, Malaria e United Nations Fund for Procurement Activities*). Cfr. M. HUFF-ROUSSELLE, F. BURNETT, *Cost containment through pharmaceutical procurement: a Caribbean case study*, in *The International Journal of Health Planning and Management*, 1996, p. 135 ss.; F. WAFULA *et al.*, *Regional and temporal trends in malaria commodity costs: an analysis of global fund data for 79 countries*, in *Malaria Journal*, 2013, p. 466 ss.; F. WAFULA, *Trends in procurement costs for HIV commodities: a 7-year retrospective analysis of global fund data across 125 countries*, in *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* (1999), 2014, p. 15 ss.; M. HUFF-ROUSSELLE, *The logical underpinnings and benefits of pooled pharmaceutical procurement: a pragmatic role for our public institutions?*, in *Social Science & Medicine*, 2012, p. 1572 ss.

In questa prospettiva, il regolamento del Parlamento e del Consiglio 966/2012 sulle regole finanziarie applicabili al bilancio dell'UE⁶, all'art. 104, ha previsto la possibilità di procedure di aggiudicazione congiunta gestite in cooperazione tra le Istituzioni e gli Stati membri, con il coinvolgimento anche degli Stati dell'EFTA e dei Paesi candidati all'adesione.

Nel 2013 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la decisione n. 1082/2013/UE relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero⁷.

La decisione è basata sull'art. 168, par. 5, TFUE che consente al Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, di adottare misure di incentivazione per proteggere e migliorare la salute umana «in particolare per lottare contro i grandi flagelli che si propagano oltre frontiera, misure concernenti la sorveglianza, l'allarme e la lotta contro gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero [...] ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri»⁸.

⁶ Regolamento (UE) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012.

⁷ Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero.

⁸ Come è noto, il tema delle competenze dell'UE nel settore sanitario è ampiamente complesso e controverso. In primo luogo, mentre i «problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato» sono inseriti dall'art. 4 TFUE tra le materie di competenza concorrente, la «tutela e miglioramento della salute umana» sono previsti all'art. 6 TFUE tra le materie di competenze di integrazione, sostegno e coordinamento. Cfr. M.L. TUFANO, *Il ruolo della Commissione nella governance europea: quali prospettive?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 133 ss., 145 ss. Non va, peraltro, dimenticata la stretta interconnessione degli aspetti di natura sanitaria con altre competenze dell'UE come il mercato interno, la politica sociale, la protezione dei consumatori, l'ambiente, e che il diritto alla salute è specificamente sancito dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sul punto, cfr. M. MARLETTA, *Articolo 168*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1517 ss., 1522 ss., 1525 secondo la quale l'azione dell'Unione in base all'art. 168, par. 5, rientra tra le competenze di coordinamento delle misure nazionali. Si ricordi, peraltro, che, in base all'art. 168, par. 7, «l'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate». Sulle criticità dell'assetto delle competenze dell'UE in materia sanitaria evidenziate dall'emergenza COVID-19, M. D'ARIENZO, *Verso un modello di multilevel governance in materia di sanità: quale architettura istituzionale dopo il COVID-19?*, in M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, Bari, 2021, p. 301 ss.

In base all'art. 5, in caso di gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero, le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri che lo desiderano possono dare avvio a una procedura di aggiudicazione congiunta per l'acquisto di contromisure mediche, stabilendo in un accordo le modalità pratiche che la disciplinano.

Nel 2014 la Commissione ha adottato, come già evidenziato, in applicazione della decisione 1082/2013/UE, la decisione di approvazione del JPA⁹. Nel documento *Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement*¹⁰, escludendo che si tratti di un accordo internazionale secondo l'art. 2 della Convenzione di Vienna, la Commissione ha chiarito che il JPA è disciplinato dal diritto dell'UE in quanto costituisce «a budgetary implementing measure of Decision 1082/2013/EU» e che «its unusual character is explained by the fact that it is a measure adopted in common by the Commission and the participating States». Nell'*Explanatory Note on The Joint Procurement Mechanism*¹¹, poi, la Commissione ha concluso che si tratta di «an administrative arrangement concerning purchasing, which is within the executive functions of the Commission».

Con la direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici, al fine di incentivare le economie di scala e la ripartizione dei rischi, anche gli appalti congiunti tra amministrazioni nazionali sono stati sottoposti ad una disciplina specifica¹². Si è andato, così, creando un sistema in cui, sia attraverso gli appalti gestiti direttamente dalla Commissione, sia attraverso la cooperazione tra le amministrazioni nazionali, si è cercato di assicurare che le procedure di aggiudicazione, soprattutto nelle situazioni di emergenza, siano rapide ed efficaci.

Oggi il JPA trova un esplicito riferimento anche nel regolamento del Parlamento e del Consiglio 1046/2018¹³, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che ha abrogato il regolamento

⁹ Cfr. *supra*, nota 1.

¹⁰ Cfr. European Commission – Health and Consumer Directorate – General, *Considerations on the legal basis and the legal nature of the Joint Procurement Agreement*, 10 aprile 2014, p. 3.

¹¹ European Commission – Health and Consumer Directorate – General, *Explanatory note on the Joint Procurement Mechanism*, dicembre 2015, p. 3.

¹² Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, art. 38-39. Per un'analisi, A. SANCHEZ-GRAELLS, *The emergence of trans-EU collaborative procurement: a “living-lab” for European public law*, in *Public Procurement Law Review*, 2019, p. 16 ss.

¹³ Regolamento (UE) n. 1046/2018 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, che modifica i regolamenti (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014, (UE) n. 283/2014 e la decisione n. 541/2014/UE e abroga il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012. Cfr., *amplius, infra*.

n. 966/2012. L'art. 165, par. 2, del regolamento 1046/2018, specifica che l'istituzione dell'Unione e l'amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro, di uno Stato dell'EFTA o di un Paese candidato all'adesione all'Unione che intendono avviare una procedura di appalto congiunto «si accordano sulle modalità pratiche della valutazione delle richieste di partecipazione o delle offerte, sull'aggiudicazione del contratto, sul diritto applicabile al contratto e sul giudice competente in caso di controversie». Stabilendo le modalità operative della procedura di aggiudicazione congiunta tra la Commissione e gli Stati partecipanti, il JPA sembra muoversi in una prospettiva quasi federalista e fa pensare agli accordi di programma stipulati nel nostro ordinamento tra Stati e regioni per la gestione di iniziative condotte congiuntamente tra il livello centrale e territoriale di governo¹⁴. Va, tuttavia, precisato che, in base all'art. 1 del JPA, l'Accordo non comporta alcun obbligo di partecipare alle singole procedure, non comporta oneri finanziari e non impedisce agli Stati Parti di attivare procedure di appalto indipendenti, anche in riferimento alle stesse contromisure e agli stessi operatori.

Per quanto riguarda le modalità pratiche di gestione dell'appalto, al fine di garantire la possibilità per gli Stati minori di far partire procedure anche quando gli Stati più grandi non siano interessati ad acquisire farmaci e dispositivi, l'art. 13 del JPA prevede un numero minimo di partecipanti piuttosto esiguo (quattro Stati e la Commissione). La gestione del JPA è affidata ad un organo di carattere generale, il *Joint Procurement Agreement Steering Committee* (JPASC)¹⁵, composto da un rappresentante della Commissione e da un rappresentante di ciascuno Stato Parte. La gestione delle singole procedure e la definizione delle specifiche tecniche e dei criteri generali di allocazione sono, invece, di competenza degli *Specific Procurement Procedure Steering Committee* (SPPSC o *Steering Committees*¹⁶), composti solo dai rappresentanti degli Stati partecipanti¹⁷. La Commissione ha il compito di preparare e organizzare la procedura e di adottare la decisione di aggiudicazione, previa approvazione dell'SPPSC¹⁸. In base alla decisione della Commissione, spetta agli Stati partecipanti procedere individualmente alla firma

¹⁴ Cfr. d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", art. 34.

¹⁵ Art. 5, par. 1.

¹⁶ Art. 5, par. 2.

¹⁷ Cfr. European Commission – Health and Consumer Directorate – General, *Decision Process in the Steering Committees Managing the Joint Procurement Mechanism*, 10 aprile 2014 e *Flowchart on the implementation of the Joint Procurement Agreement by the different Steering Committees*, 10 aprile 2014.

¹⁸ Art. 4, par. 2, lett. a.

di contratti di fornitura, previamente approvati dal SPPSC¹⁹. La Commissione può anche procedere all'aggiudicazione di contratti quadro²⁰ che, definendo le condizioni generali, rinviano la definizione e gli elementi di dettaglio ai successivi contratti esecutivi, stipulati individualmente dagli Stati²¹. Gli Stati avanzano richieste sulle quantità di contromisure mediche nell'ambito dello *Steering Committee*²² ma il JPA specifica che «the rate of delivery shall depend on the production capacity of the contractor and on the generally applicable allocation criteria», di fatto giustificando riduzioni o ritardi nelle consegne in caso di difficoltà di produzione da parte dei fornitori²³.

Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, in base all'art. 40 del JPA ogni questione relativa all'interpretazione e applicazione del JPA dovrebbe essere risolta nell'ambito del JPASC. In caso di impossibilità di risolvere la controversia è previsto il ricorso alla Corte di giustizia. Poiché i contratti tra ciascuno Stato e l'impresa fornitrice sono stipulati secondo il diritto nazionale, qualsiasi controversia fra le parti del contratto sarà risolta con gli strumenti di ricorso previsti dal diritto interno²⁴.

Per quanto riguarda l'applicazione del JPA, la prima procedura di appalto congiunto è stata conclusa nel 2016 per la fornitura di antitossina botulinica. Nel 2019 quindici Stati hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione congiunta per i vaccini anti-influenzali.

Per l'emergenza COVID-19, oltre a raccomandare agli Stati il ricorso alle procedure di aggiudicazione congiunta previste agli art. 38-39 della direttiva 2014/24²⁵, a partire dal mese di febbraio 2020 la Commissione ha pubblicato cinque gare d'appalto in base al JPA²⁶ e sono stati firmati contratti quadro per prodotti finalizzati a gestire l'emergenza, in particolare dispositivi di protezione individuale, ventilatori, attrezzature di laboratorio, medicinali utilizzati nelle unità di terapia intensiva, attrezzature per la realizzazione del vaccino anti-COVID. In più, il 7 ottobre 2020 la Commissione

¹⁹ Art. 21 ss.

²⁰ Art. 4, par. 2, lett. a-b; art. 27 ss.

²¹ Art. 4, par. 2, comma 2.

²² Art. 17.

²³ Per la definizione di *medical countermeasures* e di *serious cross border threats to health*, cfr. European Commission – Health and Consumer Directorate – General, *Medical countermeasures that could be procured in common under the Joint Procurement Agreement*, 11 dicembre 2014.

²⁴ Art. 42, par. 2.

²⁵ Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della COVID-19 (2020/C 108 I/01 C/2020/2078), p. 3.

²⁶ Per i dettagli cfr. ec.europa.eu/.

ha firmato con l'azienda farmaceutica Gilead un contratto quadro di aggiudicazione congiunta in base al JPA per la fornitura di *remdesivir*, unico farmaco ad aver ottenuto l'autorizzazione condizionata di immissione in commercio da parte dell'Agenzia europea del Farmaco (EMA) per la cura dei pazienti affetti da COVID-19 che richiedono ossigeno supplementare²⁷. Nella comunicazione su ulteriori misure di risposta alla COVID-19²⁸ la Commissione ha annunciato l'avvio di procedure di aggiudicazione congiunta per l'approvvigionamento di prodotti necessari al tracciamento dei contagi (test antigenici)²⁹, mentre nel giugno 2021 la Commissione ha concluso una procedura di aggiudicazione congiunta per anticorpi monoclonali (casirivimab e imdevimab)³⁰.

Proponendosi, attraverso gli strumenti analizzati, quale centrale di committenza unica, la Commissione mette a disposizione degli Stati *expertise* e competenze per rafforzarne il potere contrattuale rispetto ai fornitori, garantire la trasparenza, la rapidità e l'efficacia delle procedure e anche per evitare la competizione negli approvvigionamenti tra gli Stati e tra i loro enti territoriali³¹.

Indubbiamente, di fronte ad uno scenario caratterizzato da periodiche interruzioni della produzione, dalla contrazione degli spostamenti di persone e merci e, di conseguenza, da catene di approvvigionamento più corte e diversificate, iniziative come il JPA mirano a costituire uno strumento fondamentale di solidarietà ma anche di sicurezza, di continuità e di equa distribuzione degli approvvigionamenti per tutti gli Stati. Tuttavia, proprio

²⁷ L'autorizzazione condizionata viene rilasciata ai prodotti la cui immissione in commercio è urgente e viene autorizzata mentre sono ancora in corso i *clinical trials*, i cui risultati sono valutati dall'EMA man mano che sono prodotti (*rolling review*) e non, come generalmente si usa fare, solo dopo il completamento di tutti gli studi.

²⁸ COM (2020) 687 del 28 ottobre 2020, p. 3 e p. 8.

²⁹ Il 18 dicembre 2020 la Commissione europea ha stipulato un contratto con due aziende (Abott e Roche) per la fornitura di test antigenici.

³⁰ Commissione europea, Comunicato stampa "Strategia sugli strumenti terapeutici contro la COVID-19: individuati dalla Commissione 5 strumenti terapeutici candidati promettenti", ec.europa.eu, 29 giugno 2021.

³¹ G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo on line*, 2/2020, p. 2323 ss., p. 2341; E. McEVOY, D. FERRI, *The role of Joint Procurement (JPA) during the COVID-19 pandemic: assessing its usefulness and discussing its potential to support a European Health Union*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 1 ss., 5 ss.; A. SANCHEZ-GRAELLS, *Procurement in the time of COVID-19*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2020, p. 81 ss., 84 ss.; A. DE RUIJTER, R. BEETSMA, B. BURGOON, F. NICOLI, F. VANDENBROUCKE, *EU solidarity and policy in fighting infectious diseases: state of play, obstacles, citizen preferences and ways forward*, The Amsterdam Centre for European Studies SSRN Research Paper 2020/06, p. 12 ss.

l'esperienza dell'emergenza COVID-19 ha messo in luce alcune lacune del meccanismo.

In primo luogo, la mancata previsione di un supporto finanziario da parte dell'UE ha ostacolato la Commissione nel suo intento di porsi come un vero e proprio punto di riferimento per l'approvvigionamento in tutta la macro-regione europea³².

In secondo luogo, il carattere volontaristico degli impegni previsti dal JPA, che ha consentito ad alcuni Stati parti, come il Regno Unito, di non partecipare alle gare avviate dalla Commissione, ha ridotto la portata dell'azione dell'Unione, mettendo in evidenza la necessità di attribuirle poteri più ampi nella raccolta e distribuzione dei prodotti indispensabili per la risposta all'emergenza sanitaria³³.

Va sottolineato, tuttavia, che, considerati l'andamento differenziato dell'epidemia negli Stati europei e la differente situazione di partenza dei sistemi sanitari nazionali, la volontarietà su cui è basato il JPA ha permesso di attivare le procedure di aggiudicazione speditamente solo fra gli Stati realmente interessati, con risparmio di tempo e costi.

3. Compatibilità delle procedure di appalto congiunto con gli accordi OMC

Per quanto i meccanismi di aggiudicazione congiunta costituiscano uno strumento utile per rendere rapido ed efficace l'approvvigionamento di prodotti sanitari, non va sottovalutato il rischio che essi possano comportare distorsioni al commercio, favorendo le imprese degli Stati partecipanti. In questa prospettiva, può essere interessante verificare se possano esistere frizioni tra

³² Questa lacuna era già stata evidenziata da N. AZZOPARDI-MUSCAT *et al.*, *The European Union Joint Procurement Agreement for cross-border health threats: what is the potential for this new mechanism of health system collaboration?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2017, p. 43 ss., 51.

³³ J. HARVEY, *COVID-19 and PPE in context: an interview with China*, in *Journal of Public Health*, 2020, p. 1 ss.; A. RUIJTER, F. VANDENBROUCKE *et al.*, "Give the EU more power to fight epidemics", *Politico*, 26 marzo 2020; A.M. PACCES, M. WEIMER, *From Diversity to Coordination: A European Approach to COVID-19*, in *European Journal Risk Regulation, Special Issue "Taming Covid by Regulation"*, 2020, p. 292 ss. Si ricordi che la *membership* al JPA è aperta esclusivamente agli Stati membri, agli Stati dello Spazio Economico Europeo/SEE (Norvegia, Islanda e Liechtenstein) e agli Stati candidati cui, durante la pandemia, sono stati assimilati gli Stati con volontà di adesione. Allo stato, quindi, la *membership* del Regno Unito deve considerarsi non più valida fino alla stipula di un nuovo accordo. Cfr. A. GLENCROOS, *The importance of health security in post-Brexit EU-UK relations*, in *European View*, 2020, p. 172 ss., 175.

la disciplina del JPA sopra analizzata e le disposizioni relative agli appalti contenute negli Accordi OMC.

Innanzitutto, va sottolineato che, a fronte degli scarsi riferimenti contenuti negli accordi multilaterali stipulati in sede OMC³⁴, gli appalti costituiscono oggetto di un accordo plurilaterale, l'*Agreement on Government Procurement* (GPA), firmato nel 1994 e modificato nel 2012³⁵. Nella sua versione attuale, il c.d. *Revised GPA* mira a garantire l'accesso al mercato degli appalti pubblici e ad evitare pratiche collusive tra il soggetto appaltante e l'impresa fornitrice³⁶.

Riguardo alla compatibilità del JPA con il GPA, per quanto il primo non contenga alcun riferimento esplicito al secondo, la Commissione sembra averne voluto garantire l'assoluta *compliance* con i principi del GPA. Infatti, si registra una convergenza in riferimento ad una serie di aspetti.

In primo luogo, il GPA, all'art. IV, sancisce i principi di non discriminazione, trasparenza, apertura ed integrità. Anche le procedure del JPA devono rispettare tali principi. Esse, infatti, sono subordinate al diritto dell'UE in materia di appalti e dunque ai principi di trasparenza, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione cui sono sottoposti gli appalti delle istituzioni in base all'art. 160 del regolamento 1046/2018. Peraltro, l'art. 177 del regolamento 1046/2018 afferma esplicitamente la necessità di rispettare il GPA nelle procedure di appalti aggiudicati dalle istituzioni.

In secondo luogo, il GPA fa riferimento alla necessità di evitare i conflitti di interesse sia nel Preambolo, sia all'art. IV, par. 4, relativo alla *Conduct of procedure*. Il JPA, all'art. 34, impone alle Parti contraenti di evitare i conflitti di interessi e di assicurare l'imparzialità e l'obiettività non solo dei dipendenti pubblici, ma anche di qualsiasi altro soggetto coinvolto nella procedura³⁷.

³⁴ Art. III, par. 8, lett. a, *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) del 1994; art. XIII *General Agreement on Trade in Services* (GATS) del 1994; art. XIX, lett. b *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (SCM) del 1994.

³⁵ Ad oggi, le Parti del GPA sono 20, tra cui l'UE, che ha firmato l'Accordo in nome proprio e dei suoi Stati membri, e il Regno Unito, la cui richiesta di adesione è entrata in vigore il 1° gennaio 2021.

³⁶ A. UENO, *Multilateralising Regionalism on Government Procurement*, OECD Trade Policy No. 151, 2013; K. DAWAR, *Government Procurement in the WTO: A Case for Greater Integration*, in *World Trade Review*, 2016, p. 645 ss.; R.D. ANDERSON, A. C. MÜLLER, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2017, p. 949 ss.; J. GOURDON, J. MESSENT, *How Government Procurement Measures Can Affect Trade*, in *Journal of World Trade*, 2019, p. 679 ss.; B. ONURTAŞ, *Does the WTO Government Procurement Agreement Deliver What It Promises?*, in *World Trade Review*, 2019, p. 609 ss.

³⁷ Cfr. Annex I JPA.

Quanto alla tutela giurisdizionale delle imprese partecipanti alle procedure, il GPA impone alle Parti contraenti di dotarsi di strumenti di ricorso tempestivi, efficaci, trasparenti e non discriminatori³⁸. In piena conformità con tale articolo, il JPA, come già evidenziato, garantisce alle imprese il ricorso agli strumenti di tutela previsti dal diritto dell'UE e dal diritto nazionale³⁹.

Ciò nonostante, potrebbero sorgere controversie qualora nelle procedure di appalto fossero richiesti requisiti tecnici talmente rigorosi da poter essere considerati barriere all'entrata. Sul punto si ricordi che il JPA demanda alla Commissione, previa approvazione dello *Steering Committee* competente per la procedura, l'individuazione delle specifiche tecniche da utilizzare come criteri di ammissione e valutazione per ciascuna procedura⁴⁰. Il GPA, dal canto suo, vieta espressamente ogni specifica tecnica e procedura di valutazione di conformità che abbiano per oggetto o per effetto la creazione di ostacoli non necessari al commercio internazionale⁴¹, raccomandando, laddove possibile, il ricorso agli standard internazionali. Pertanto, la compatibilità degli standard utilizzati non solo con il GPA, ma anche con altri accordi OMC, in particolare con l'*Agreement on Technical Barriers to Trade/TBT*, potrebbe essere garantita solo prevedendo nei bandi standard tecnici internazionali trasparenti, obiettivi e prevedibili.

In realtà, durante l'emergenza COVID-19 il problema è stato bypassato attraverso il ricorso, per motivi di urgenza, a procedure negoziate senza previa pubblicazione in cui la Commissione invita a partecipare alle procedure solo alcune imprese, selezionate in base a ricerche di mercato⁴². Per quanto

³⁸ Art. XVIII GPA.

³⁹ Art. 42-43.

⁴⁰ In effetti gli *Steering Committee* hanno, nell'ambito delle procedure del JPA – che, come già sottolineato, rientra nella funzione esecutiva della Commissione – un ruolo analogo ai comitati di comitologia, al punto che le procedure di adozione dei loro pareri sono ispirate a quelle del regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione (cfr. *Explanatory Note on Decision Process in the Steering Committees*, cit., p. 3 ss.). Se ne desume che, come questi ultimi, lungi dal limitarsi ad una mera funzione di controllo sulle bozze di bando inviate dalla Commissione, gli *Steering Committees* hanno una funzione di cooperazione con la Commissione e spesso propongono i requisiti tecnici da introdurre nel bando. Sulla funzione cooperativa dei comitati di comitologia, cfr. M.L. TUFANO, *La comitologia e le misure di esecuzione degli atti e delle politiche comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 149 ss., 170.

⁴¹ Cfr. art. X GPA.

⁴² Cfr. *Preparazione sanitaria a breve termine dell'UE per affrontare i focolai di COVID-19*, COM (2020) 318, del 15 luglio 2020, Allegato, p. 1. Si ricordi che fin dall'inizio dell'emergenza COVID-19 la Commissione ha raccomandato il ricorso alle procedure negoziate anche

in queste procedure la documentazione sia riservata e ciò pregiudica la trasparenza e la pubblicità, esse hanno il vantaggio di creare un rapporto diretto con le imprese fornitrici e, dunque, favoriscono l'adeguamento delle forniture agli standard e alle richieste specifiche della Commissione. E difatti il ricorso a procedure negoziate in situazioni di urgenza risulta compatibile anche con la disciplina del GPA, il cui art. XIII specifica che si può fare ricorso a procedure riservate ad alcuni operatori («limited tendering», come ad esempio, le procedure negoziate o il dialogo competitivo previsto all'art. 26 JPA) «insofar as is strictly necessary where, for reasons of extreme urgency brought about by events unforeseeable by the procuring entity, the goods or services could not be obtained in time using open tendering or selective tendering».

Se applicato nel rispetto della disciplina del GPA, il JPA, considerata la sua dimensione macro-regionale, può costituire uno strumento efficace per il consolidamento dei principi di non discriminazione, trasparenza, apertura, integrità nel settore degli appalti, alla stregua degli accordi stipulati dall'UE con gli Stati appartenenti ad altre organizzazioni regionali (i c.d. *Economic Partnership Agreements*, EPA)⁴³ e con altri partner commerciali. In particolare, nel caso di accordi bilaterali con Stati che sono parti del GPA⁴⁴, l'inserimento di clausole relative agli appalti consente di specificare in maniera più precisa ed estesa il contenuto dei principi stabiliti dal GPA (c.d. *GPA plus*). Nei casi, invece, di accordi bilaterali con Stati non parti del GPA⁴⁵, l'inserimento di clausole relative agli appalti negli accordi bilaterali contribuisce ad estendere i principi dell'Accordo al di fuori della comunità degli Stati parti⁴⁶.

agli Stati. Cfr. Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della COVID-19, COM 2020/C 108 I/01 del 1° aprile 2020, p. 1 ss., 4 ss.

⁴³ Cfr. EU-CARIFORUM EPA del 2008, Capitolo 3, articoli 165 ss.; Accordo che istituisce un'associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'America centrale, dall'altra, art. 209 ss.

⁴⁴ CETA del 2016, Capo 19; *EU-Japan Partnership* del 2018, Capitolo 10, in particolare articoli 10.2-10.4 nonché art. 10.5, par.1; *EU-Singapore Free Trade Agreement* (FTA) del 2018, Capitolo 9. Si veda anche l'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE e il Regno Unito del 2020, Parte seconda, Titolo VI, Rubrica I.

⁴⁵ Si pensi all'*EU-Vietnam FTA*, 2020, Capitolo 9, o ai negoziati per l'aggiornamento del *Global Agreement* con il Messico.

⁴⁶ Cfr., *amplius*, S. PUGLIESE, *Verso un sistema di regolazione commerciale multilivello per contrastare il sovranismo: gli appalti congiunti nell'emergenza COVID-19 come laboratorio di sperimentazione*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, cit., p. 371 ss., 385 ss.

4. Procedure di approvvigionamento dei prodotti sanitari per la prevenzione di ulteriori emergenze pandemiche: gli Accordi Preliminari di Acquisto in materia di vaccini

Se il JPA si è rivelato efficace nell'approvvigionamento di prodotti per la gestione dell'emergenza pandemica, quanto ai prodotti necessari a fermare il contagio e prevenire nuove ondate la Commissione ha dovuto far ricorso ad altri schemi.

Bisogna tener conto, infatti, che, per produrre in tempi brevi vaccini efficaci contro il COVID-19 e nel contempo sicuri, le imprese farmaceutiche hanno dovuto affrontare alti rischi. Infatti, a differenza di quanto avviene solitamente, esse hanno dovuto investire in capacità di produzione e materie prime mentre erano ancora in atto i *clinical trials*, quindi in una fase in cui era ancora incerta la possibilità di sviluppo di un prodotto da immettere sul mercato.

Per supportare le imprese nella fase di sperimentazione e sviluppo, riducendo i tempi di realizzazione dei vaccini, la Commissione ha lanciato nel giugno 2020 la Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la COVID-19⁴⁷. La strategia ha previsto, in primo luogo, una procedura centralizzata d'appalto per tutti gli Stati membri dell'UE, sia per semplificare il processo negoziale con le imprese produttrici, rafforzando il potere contrattuale dell'UE e riducendo i costi e i tempi, sia per evitare la concorrenza e creare solidarietà tra tutti gli Stati membri, indipendentemente dall'entità della loro popolazione e dal loro potere d'acquisto.

Successivamente, la Commissione ha stipulato con i produttori selezionati i c.d. accordi preliminari di acquisto (*Advanced Purchase Agreements-APA*)⁴⁸. In base a questi accordi, l'UE, dopo una procedura di

⁴⁷ COM (2020) 245 del 17 giugno 2020.

⁴⁸ I criteri per la selezione consistono in: solidità dell'approccio scientifico e della tecnologia utilizzata; velocità di consegna su scala, dipendente dai progressi nelle sperimentazioni cliniche e dalla capacità di fornire quantità sufficienti di vaccino nel 2020 e nel 2021; costo, in termini di importo del finanziamento richiesto, scadenziario e relative condizioni di pagamento; condivisione del rischio in termini di vantaggi offerti in cambio del finanziamento erogato nelle due ipotesi che a) lo sviluppo di un vaccino efficace vada a buon fine o b) non venga sviluppato un vaccino (ad esempio, una flessibilità potenziale nell'uso della capacità di fabbricazione); speciale copertura di responsabilità eventualmente richiesta alle imprese; copertura di diverse tecnologie; capacità di approvvigionamento attraverso lo sviluppo della capacità produttiva all'interno dell'UE. In particolare, l'UE punta ad attrarre capacità di produzione per i vaccini nel suo territorio per ridurre le perturbazioni delle catene di approvvigionamento ma la Commissione ha specificato che la produzione di tali siti non sarà riservata all'UE; solidarietà globale: impegno a mettere a disposizione dei Paesi partner dosi di vaccini disponibili in futuro per porre fine alla pandemia mondiale; dialogo in fase precoce con le

aggiudicazione congiunta, finanzia, tramite lo strumento per il sostegno di emergenza, una parte dei costi iniziali affrontati dai produttori per sviluppare il vaccino, accollandosi i rischi della fase di ricerca e sviluppo (c.d. *derisking*), e ottiene in cambio il diritto per gli Stati di acquistare direttamente dal produttore, alle condizioni stabilite nell'accordo, dosi in proporzione alla popolazione. I finanziamenti erogati sono considerati un acconto sui vaccini effettivamente acquistati dagli Stati membri e determinano le condizioni per l'acquisto finale dei vaccini.

Gli APA non costituiscono uno strumento nuovo. In seguito alle epidemie di influenza aviaria SARS e H1N1 si è affermata in molti Stati la prassi di stipulare a scopo preventivo, fin dalla fase di sviluppo del vaccino, contratti preliminari per l'acquisto di determinate quantità di dosi⁴⁹. I contratti in parola restano congelati (c.d. *sleeping contracts*) mediante il pagamento da parte degli Stati di una quota annuale (la c.d. *Pandemic Preparedness Fee*) e le dosi sono consegnate solo nel momento in cui scoppia un'epidemia. Gli APA sono stipulati con imprese che hanno già avviato sperimentazioni al fine di supportarle nello sviluppo di un vaccino (c.d. strategie *pull funding*). Pertanto, si differenziano dai tradizionali finanziamenti pubblici alle imprese produttrici di vaccini che sono in genere attribuiti prima dell'inizio di una sperimentazione per stimolarne l'avvio (c.d. strategie *push funding*). Rispetto a queste ultime strategie, in cui le imprese, ottenendo il finanziamento prima dell'avvio della ricerca, potrebbero non avere interesse a portarla a termine, le strategie di *pull funding* sono più efficaci nell'incentivare le imprese ad impegnarsi concretamente nella realizzazione di vaccini. Infatti, la parte più consistente del finanziamento si otterrà solo nel momento in cui

autorità di regolamentazione dell'UE con l'intenzione di richiedere un'autorizzazione dell'UE per l'immissione in commercio del vaccino o dei vaccini sperimentali.

⁴⁹ In seguito alla dichiarazione che decretava il passaggio dell'epidemia H1N1 alla c.d. fase 6 della scala dell'OMS (esistenza di una pandemia). Cfr. WHO, *Press Statement of WHO Director-General "World now at the start of 2009 influenza pandemic"*, 11 giugno 2009, molti Stati resero operativi i contratti di acquisto preliminare che avevano stipulato in precedenza. Health Protection Agency, *Assessment Report on EU-wide Pandemic Vaccine Strategy*, 25 agosto 2010. In seguito, l'allarme lanciato dall'OMS sulla pericolosità dell'H1N1 si rivelò esagerato e l'OMS fu accusata di aver spinto gli Stati a spendere un significativo ammontare di fondi pubblici per l'acquisizione di dosi sproporzionate di vaccini al solo scopo di favorire le imprese farmaceutiche. Si veda, in particolare, Council of Europe, Parliamentary Assembly, *The handling of the H1N1 pandemic: more transparency needed*, Report, Social Health and Family Affairs Committee, 24 giugno 2010. Per un'analisi degli APA stipulati durante la pandemia H1N1; A.C. DESHMAN, *Horizontal Review between International Organizations: Why, How, and Who Cares about Corporate Regulatory Capture*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 1089 ss., 1095 ss.; M. TURNER, *Vaccine procurement during an influenza pandemic and the role of Advance Purchase Agreements: Lessons from 2009-H1N1*, in *Global Public Health*, 2015, p. 1 ss., 2 ss.

l'impresa avrà sviluppato un vaccino e gli Stati lo acquisteranno. Soprattutto durante le emergenze, i finanziatori pubblici tendono, quindi, a preferire le strategie *pull funding*⁵⁰.

In occasione della pandemia H1N1, gli Stati che avevano stipulato gli APA hanno accumulato vaccini anche oltre il reale bisogno a detrimento di quelli con minori capacità e potere contrattuale⁵¹. Sulla scorta di tale esperienza, in occasione dello scoppio della pandemia COVID-19, per assicurare una più efficiente ed equa distribuzione dei vaccini la Commissione ha deciso di centralizzare la stipula degli APA, in modo da indurre ogni Stato ad acquistare dosi di vaccino proporzionali alla sua popolazione e, per velocizzare la realizzazione del vaccino, ha previsto il ricorso alle procedure di autorizzazione condizionata.

Gli APA sono basati sull'art. 4, par. 5, lett. b), del regolamento del Consiglio 369/2016 per il sostegno di emergenza, come modificato dal regolamento 521/2020. Il regolamento 369/2016, finalizzato a sostenere gli Stati maggiormente colpiti dapprima dalla crisi finanziaria e poi dall'emergenza migranti⁵², è basato sull'art. 122, par. 1, TFUE, che consente al Consiglio, su proposta della Commissione, di «decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati

⁵⁰ C.M. SNYDER *et al.*, *Designing Pull Funding for A COVID-19 Vaccine*, in *Health Affairs*, 2020, p. 1633 ss.; A.P. ANTUNES, "Vaccines against COVID-19: Issues to Consider", *SSRN Research Paper*, 2020, p. 12 ss.

⁵¹ Per evitare il ripetersi di questi problemi, nel 2011 è stato introdotto il *Pandemic Influenza Preparedness (PIP) Framework*, una sorta di contratto quadro in base al quale una determinata quantità di dosi deve essere riservata all'OMS affinché la distribuisca agli Stati più colpiti e a quelli con reddito inferiore in proporzione alla popolazione. In cambio l'OMS mette a disposizione delle imprese campioni di virus in modo che esse possano sviluppare vaccini attraverso uno *Standard Material Transfer Agreement (SMTA)* che obbliga l'impresa ad accettare alcune delle seguenti condizioni: a) donare almeno il 10 per cento della produzione in tempo reale di vaccini all'OMS; b) riservare almeno il 10 per cento della produzione in tempo reale di vaccini all'OMS a prezzi convenienti; c) donare all'OMS un determinato ammontare di farmaci antivirali; d) riservare all'OMS un determinato ammontare di farmaci antivirali a prezzi convenienti. Cfr. WHO, *Pandemic Influenza Preparedness framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*, Geneva, 2011. È da dire che gli SMTA stipulati sono pochi e spesso le imprese sono riuscite a negoziare quantità di donazioni e riserve inferiori a quelle inizialmente richieste dall'OMS. Ciò ha comportato un sostanziale fallimento dell'iniziativa. M. TURNER, *Vaccine procurement during an influenza pandemic and the role of Advance Purchase Agreements*, cit., p. 8 ss.

⁵² Cfr. regolamento 369/2016, *considerando* 3 e 4. M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, *L'intervento dell'UE in risposta alle emergenze: trade-off tra stabilità finanziaria e solidarietà?*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 221 ss., 231.

prodotti»⁵³. Il regolamento 521/2020 ha adattato il regolamento all'emergenza COVID-19⁵⁴.

I rapporti tra Commissione e Stati partecipanti agli APA sono disciplinati da un accordo stipulato il 18 giugno 2020⁵⁵, che, come il JPA, rappresenta una sorta di “accordo di programma”⁵⁶. In base all'accordo, la Commissione conclude gli APA in nome e per conto degli Stati ma spetta a questi ultimi l'acquisto delle dosi, sulla base di contratti stipulati direttamente con i produttori, e la definizione delle *policies* di vaccinazione⁵⁷. Gli Stati partecipanti all'accordo non sono obbligati a concludere i contratti e gli APA che prevedono obblighi di acquisto devono consentire agli Stati l'*opting-out*⁵⁸. L'accordo riguarda esclusivamente i rapporti tra la Commissione e gli Stati membri partecipanti mentre i rapporti tra Stati e imprese produttrici dei vaccini devono essere disciplinati in base alla legge applicabile ai contratti stipulati da queste ultime. In particolare, l'accordo specifica che, mentre la

⁵³ L'ambito di applicazione della disposizione riguarda solo le situazioni di crisi congiunturale. Nella sentenza del 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, punto 116, la Corte di giustizia dell'UE ha chiarito che «l'articolo 122, paragrafo 1, TFUE non rappresenta un fondamento giuridico adeguato per un'eventuale assistenza finanziaria dell'Unione agli Stati membri che già si trovano o rischiano di trovarsi in gravi problemi finanziari». Per un'analisi, cfr. F. SCIAUDONE, *Articolo 122*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati*, cit., p. 1310 ss.

⁵⁴ Cfr. il regolamento 521/2020, *considerando* 1-2. In particolare, il regolamento 521/2020 ha modificato l'art. 3, Azioni ammissibili, del regolamento 369/2016 specificando che «il sostegno di emergenza può essere concesso anche al fine di far fronte alle necessità in seguito a una catastrofe o impedirne la ricomparsa». In tal modo il sostegno di emergenza acquisisce anche una funzione preventiva di nuove catastrofi. Il regolamento 521/2020 ha anche inserito all'art. 4, Tipologie di intervento finanziario e modalità di attuazione, del regolamento 369/2016 i paragrafi 5 e 6 in base ai quali «Il sostegno di emergenza a norma del presente regolamento può essere concesso in una delle forme seguenti: a) appalti congiunti con gli Stati membri di cui all'articolo 165, paragrafo 2, del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046, in base ai quali gli Stati membri possono acquistare, affittare o noleggiare integralmente le capacità acquistate congiuntamente; b) procedura d'appalto indetta dalla Commissione per conto degli Stati membri sulla base di un accordo tra la Commissione e gli Stati membri; c) procedura d'appalto indetta dalla Commissione che acquista all'ingrosso e procede allo stoccaggio, alla rivendita o alla donazione di forniture e servizi, compresi i noleggi, agli Stati membri o alle organizzazioni partner selezionate dalla Commissione. In caso di procedura d'appalto di cui al paragrafo 5, lettera b), i relativi contratti sono conclusi da una delle parti seguenti: a) la Commissione, quando i servizi o i beni forniti devono essere resi o consegnati agli Stati membri o alle organizzazioni partner selezionate dalla Commissione; b) gli Stati membri, quando devono procedere direttamente all'acquisto, all'affitto o al noleggio delle capacità che sono state aggiudicate per loro conto dalla Commissione».

⁵⁵ Commission Decision C (2020) 4192 final of 18 June 2020 approving the agreement with Member States on procuring COVID-19 vaccines on behalf of the Member States and related procedures.

⁵⁶ Cfr. *supra*, par. 2.

⁵⁷ Art. 1-2.

⁵⁸ Art. 3-4.

Commissione è responsabile esclusivamente della procedura di appalto e della conclusione degli APA, gli Stati membri partecipanti sono responsabili per la distribuzione e l'utilizzo dei vaccini e devono farsi carico di ogni conseguente responsabilità⁵⁹. La principale innovazione dell'accordo rispetto al JPA è la "clausola di esclusività", che impedisce agli Stati partecipanti di dare avvio a procedure autonome per l'acquisto preliminare di vaccini da produttori con cui la Commissione abbia concluso APA⁶⁰. In tal modo, la fase di aggiudicazione risulta pienamente centralizzata al fine di garantire rapidità, efficacia ed equità nella distribuzione.

Per quanto riguarda la stipula degli APA, l'accordo delinea una *governance* basata sulla cooperazione tra la Commissione e gli Stati partecipanti, nonché sul coinvolgimento di esperti⁶¹.

L'accordo stabilisce che tutti gli APA siano sottoposti alla stessa legge applicabile e allo stesso foro competente, che devono essere specificamente indicati in ogni contratto⁶². L'accordo prevede, infine, che la Commissione promuova, anche nelle negoziazioni con le imprese produttrici, l'accessibilità dei vaccini ai Paesi a basso e medio reddito nelle quantità necessarie e a prezzi contenuti e che ogni vaccino acquistato dagli Stati partecipanti e che si riveli non necessario sia messo a disposizione per lo sforzo solidale globale. L'accordo prevede, altresì, che nella stipula degli APA la Commissione promuova la condivisione dei diritti di proprietà intellettuale, soprattutto se sviluppata con risorse pubbliche⁶³.

Ad oggi la Commissione ha concluso cinque APA (AstraZeneca, 14 agosto 2020; Sanofi-GSK, 18 settembre 2020, Johnson&Johnson-Janssen Pharmaceutica NV di 7 ottobre 2020; Pfizer-Biontech, 11 novembre 2020; CureVac, 19 novembre 2020, Moderna, 25 novembre 2020 e 17 febbraio 2021)⁶⁴. Per alcuni di questi contratti (AstraZeneca, CureVac, Sanofi, Pfizer,

⁵⁹ Art. 6.

⁶⁰ In base alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 1082/2013/UE, art. 12, par. 2, lett. c), COM (2020) 727 dell'11 novembre 2020, la clausola di esclusività dovrebbe essere applicata anche agli appalti congiunti.

⁶¹ È prevista l'istituzione di uno *steering committee*, composto dalla Commissione e da rappresentanti di alto livello delle amministrazioni degli Stati partecipanti e la nomina di un gruppo di esperti di supporto alla Commissione nei negoziati (*joint negotiation team*). Il *team* ha il compito di prendere contatto con le imprese produttrici e di proporre alla Commissione le imprese con cui stipulare un'APA. Tra gli APA che abbiano ricevuto l'accordo di almeno quattro Stati membri, la Commissione sceglie quelli da stipulare. Cfr. Annex, p. 3 ss.

⁶² Annex, p. 5.

⁶³ Annex, p. 6.

⁶⁴ Colloqui esplorativi sono stati avviati con Novavax e Valneva.

Moderna e Johnson&Johnson⁶⁵) le imprese hanno autorizzato la pubblicazione con i dati sensibili oscurati⁶⁶. La versione integrale del contratto UE-AstraZeneca è stata resa nota da fonti giornalistiche nel febbraio 2021⁶⁷.

I contratti hanno una struttura tendenzialmente comune. Essi prevedono disposizioni abbastanza simili per quanto riguarda le procedure e le condizioni di fornitura e pagamento (in particolare le dosi iniziali, le dosi addizionali e opzionali)⁶⁸, i *Vaccine Order Form*, che gli Stati utilizzano come *template* per la redazione dei contratti “specifici” che devono seguire alla firma degli APA⁶⁹, gli obblighi delle Parti (Commissione, Stati partecipanti e azienda produttrice) durante e dopo il periodo di validità dell’APA. Nello specifico le aziende produttrici si sono impegnate a compiere tutti gli sforzi necessari per sviluppare un vaccino⁷⁰, senza profitti e senza perdite e ad un

⁶⁵ I vaccini di Sanofi e CureVac sono ancora in fase di sviluppo. Mentre i primi test sul vaccino CureVac, conclusi nel giugno 2021, hanno mostrato scarsa efficacia, per il vaccino Sanofi-GSK l’EMA ha avviato la procedura di valutazione il 20 luglio 2021.

⁶⁶ Si tratta, in genere, delle parti del contratto relative alle dosi, alle tempistiche e ai prezzi, ma anche di quelle relative ad aspetti più tecnici, come ad esempio le modalità di conservazione e di consegna o le parti relative ai diritti di proprietà intellettuale. Non mancano le eccezioni. CureVac, ad esempio, ha consentito la pubblicazione dell’ammontare di dosi iniziali e addizionali. I testi sono disponibili sul sito ec.europa.eu.

⁶⁷ Il testo è stato pubblicato in esclusiva dell’emittente radiotelevisiva italiana RAI ed è disponibile sul sito www.rai.it

⁶⁸ Cfr. APA UE-Pfizer, p. 12 ss.; APA UE-Moderna, p. 9 ss.; APA UE-AstraZeneca, p. 11 ss.; APA UE-Sanofi, p. 10 ss.; APA UE-CureVac, p. 12 ss.; APA UE-Johnson&Johnson, p. 8 ss.

⁶⁹ Cfr. APA UE-Astrazeneca, p. 10: «In order to maintain the right to purchases Doses of Vaccine as contemplated by this Agreement, an EU Member State must execute and deliver an Order Form [...]. The Parties acknowledge and agree that the Order Form is an essential and important part of this Agreement and that AstraZeneca has entered into this Agreement in reliance on Member States executing Order Forms as contemplated hereby. Such Order Form have to be entered into by each of the Participating Member States within 10 working days following the delivery by the Commission of the Binding Allocation [...]. If an EU Member State does not execute and deliver an Order Form within such deadline, such Member State shall not be eligible to receive any portion of the Initial European Doses and the Additional Doses under this Agreement and shall not be to any benefit of this Agreement». Cfr. anche APA UE-Pfizer, p. 14; APA UE-Moderna, p. 8 ss.; APA UE- Sanofi, p. 11 ss.; APA UE-CureVac, p. 13 ss.; APA UE-Johnson&Johnson, p. 11 ss.

⁷⁰ Nel testo del contratto Pfizer e in quello del contratto Astrazeneca si fa riferimento all’espressione *best reasonable efforts*. Mentre la definizione contenuta nel primo contratto è oscurata, nel contratto AstraZeneca (p. 3) si evince che essi consistono per l’azienda produttrice in «the activities and degree of efforts that a company of similar size with a similarly-sized infrastructure and similar resources as AstraZeneca would undertake or use in the development and manufacture of a Vaccine at the relevant stage of development or commercialization having regard to the urgent need for a Vaccine to end a global pandemic which is resulting in serious public health issues, restrictions on personal freedoms and economic impact, across the world but taking into account efficacy and safety». Per la Commissione e gli

costo preventivamente stimato, al fine di distribuire un determinato ammontare di dosi entro la prima metà del 2021, fatta salva l'opzione per la Commissione di ordinare, per conto degli Stati membri, dosi addizionali⁷¹. Le aziende si sono anche impegnate a non assumere con Parti terze impegni confliggenti con quelli assunti con l'UE e i suoi Stati membri⁷². Dal canto loro, mentre la Commissione si impegna a supportare finanziariamente lo sviluppo dei vaccini⁷³, gli Stati partecipanti si impegnano a stipulare e a dare esecuzione ai contratti di acquisto secondo il modello dei *Vaccine Order Form*.

Conformemente alla *ratio* degli APA, i contratti presentano disposizioni simili quanto alla modalità con cui la Commissione partecipa ai costi di sperimentazione e sviluppo dei vaccini e ai criteri in base ai quali, in seguito all'autorizzazione dei vaccini, le dosi saranno ripartite fra gli Stati membri. Per questi aspetti la legge applicabile e il foro competente sono quelli dell'ordinamento belga⁷⁴, mentre tutte le fasi successive alla consegna (trasferimento agli *hub* vaccinali) distribuzione e stoccaggio sono di responsabilità degli Stati e demandati alla normativa nazionale⁷⁵.

Per quanto riguarda le garanzie di sicurezza del vaccino, esse appaiono affrontate soprattutto nell'APA UE-AstraZeneca, dal momento che quest'ultima si è impegnata a rispettare tutti i vincoli giuridici imposti dalle procedure di approvazione dei *clinical trials* e di autorizzazione all'immissione in commercio previsti dall'UE e dalle normative nazionali, nonché ad avvertire la Commissione qualora i risultati dei *clinical trials* non

Stati partecipanti essi consistono in «the activities and the decree of effort that governments would undertake or use in supporting their contractor in the development of the Vaccines».

⁷¹ Prendendo ad esempio il contratto AstraZeneca, disponibile integralmente, l'azienda si è impegnata a compiere gli sforzi necessari per produrre 300 milioni di dosi al costo totale stimato di 870 milioni di euro da distribuire nell'UE entro la prima metà del 2021, con l'opzione per la Commissione di ordinare 100 milioni di dosi opzionali (cfr. p. 2), secondo le seguenti tempistiche: 30-40 milioni di dosi entro la fine del 2020; 80-100 milioni di dosi entro il primo trimestre del 2021 e le restanti dosi entro il secondo trimestre (p. 11).

⁷² Cfr. APA UE-Moderna, p. 19; APA UE-AstraZeneca, p. 23; APA UE-Johnson&Johnson, p. 27; APA UE-CureVac, p. 18. Nell'APA UE-Pfizer la sezione è oscurata.

⁷³ Cfr. APA UE-AstraZeneca, p. 13 ss. Su un prezzo totale dell'acquisto di 870 milioni di euro, la Commissione si impegna a pagare come *initial funding* 336 milioni, di cui due terzi cinque giorni dopo la firma del contratto ed un terzo venti giorni dopo l'invio da parte di AstraZeneca di un report sull'impiego della prima *tranche* e sui progressi nello sviluppo del vaccino.

⁷⁴ Cfr. APA UE-Pfizer, p. 26; APA UE-AstraZeneca, p. 32; APA UE-Johnson&Johnson, p. 23 ss.; APA UE-Sanofi, p. 19 ss.; APA- CureVac, p. 22 ss. Nell'APA di Moderna il dato è oscurato.

⁷⁵ APA UE-Pfizer, p. 17 ss.; APA UE-AstraZeneca, p. 19; APA UE-Moderna, p. 16; APA UE-Johnson&Johnson, p. 16; APA UE-Sanofi, p. 16; APA UE-CureVac, p. 19.

consentissero l'approvazione del vaccino. AstraZeneca si è anche impegnata a supportare i costi degli studi sulla sicurezza successivi all'immissione in commercio (studi *post-lancio*) e di gestione del rischio. La Commissione e gli Stati membri partecipanti si sono impegnati a supportare AstraZeneca nell'accelerare i tempi di *testing* ed approvazione dei vaccini⁷⁶.

Per quanto riguarda i profili di responsabilità, in tutti gli APA è previsto che ogni Stato indennizzi le imprese produttrici in caso di richieste di risarcimento per danni connesse all'impiego del vaccino⁷⁷. Nell'APA UE-AstraZeneca è specificamente previsto che la Commissione e gli Stati rinunciano a qualsiasi richiesta di indennizzo relativamente a carenze di sicurezza ed efficacia dei vaccini⁷⁸.

Alcuni aspetti sono disciplinati in maniera diversa nei sei contratti pubblicati. In particolare, la possibilità di donazione di dosi in eccedenza a Stati a basso reddito è prevista solo nel contratto AstraZeneca⁷⁹ e in quello Sanofi⁸⁰, mentre l'impegno a produrre i vaccini preferibilmente nelle sedi collocate in UE⁸¹ e la possibilità di trasferimento delle licenze per la produzione dei vaccini sono previsti esclusivamente nell'accordo AstraZeneca⁸².

Durante la campagna vaccinale – iniziata a fine dicembre 2020 – sono sorti alcuni problemi con le aziende produttrici sia a causa di effetti collaterali che hanno posto in dubbio la sicurezza di alcuni vaccini sia a causa di ritardi nelle consegne delle dosi pattuite.

⁷⁶ Cfr. APA UE-AstraZeneca, p. 20.

⁷⁷ Cfr. APA UE-AstraZeneca p. 24 ss.: «Each Participating Member State shall indemnify and hold harmless AstraZeneca [...] from and against any and all damages and liabilities [...] and necessary legal costs relating to, resulting from or associated with claims for death, physical, mental, or emotional injury, illness, disability, or condition, fear of the foregoing, property loss or damage, and business interruption of the injured party or a Related Person of such injured person (together, “Losses”) relating to or arising from the use or administration of the Vaccine shipped and allocated to its jurisdiction». Cfr. anche APA UE-Pfizer, p. 24; APA UE-Johnson&Johnson, p. 30 ss.; APA UE-Sanofi, p. 26 ss.; p. 23 ss. Nell'APA con Moderna la sezione relativa agli indennizzi è oscurata.

⁷⁸ APA UE-AstraZeneca, p. 25 ss.

⁷⁹ Cfr. APA Commissione-AstraZeneca, p. 17.

⁸⁰ Cfr. APA Commissione-Sanofi/GSK, p. 12.

⁸¹ Cfr. APA con AstraZeneca, p. 11. Si ricordi che, solo a tal fine, sono considerate sedi collocate in UE anche quelle nel territorio del Regno Unito. La Commissione e gli Stati partecipanti possono proporre ad AstraZeneca siti produttivi dotati della capacità di produrre i vaccini con cui l'impresa stipulerà contratti per aumentare la capacità produttiva in UE.

⁸² Cfr. APA con AstraZeneca, p. 20 ss.

In riferimento ai problemi di sicurezza, che hanno indotto alcuni Stati a non somministrare alcune tipologie di vaccini a determinate categorie, l'EMA sta proseguendo le valutazioni di sicurezza dei vaccini utilizzati⁸³.

In riferimento ai problemi di approvvigionamento, già nel gennaio 2021, la Commissione, preoccupata dall'annuncio di alcuni produttori di potenziali ritardi nell'approvvigionamento e dal rischio di esportazione verso Paesi non vulnerabili, ha adottato misure restrittive alle esportazioni di vaccini⁸⁴.

A marzo 2021, periodo in cui la campagna vaccinale è entrata nel vivo in tutti gli Stati europei, tutte le aziende produttrici hanno avuto ritardi nella produzione e nelle consegne. Il 23 aprile 2021 la Commissione ha presentato un ricorso contro AstraZeneca dinanzi al *Tribunal del première instance francophone de Bruxelles, Section civile* per violazione degli impegni

⁸³ EMA, COVID-19 vaccine safety update Vaxzevria AstraZeneca AB, 18 giugno 2021, www.ema.europa.eu; EMA, COVID-19 vaccine safety update Comirnaty BioNTech Manufacturing GmbH, 18 giugno 2021, www.ema.europa.eu; EMA, COVID-19 vaccine safety update COVID-19 JANSSEN Janssen-Cilag International NV, 18 giugno 2021, www.ema.europa.eu; EMA, COVID-19 vaccine safety update COVID-19 Moderna Biotech Spain, S.L., 18 giugno 2021, www.ema.europa.eu. Ulteriori aggiornamenti sono disponibili sul sito dell'EMA, www.ema.europa.eu.

⁸⁴ Regolamento di esecuzione (UE) 111/2021 della Commissione del 29 gennaio 2021, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione; regolamento di esecuzione (UE) 442/2021 della Commissione dell'11 marzo 2021, che subordina l'esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un'autorizzazione di esportazione. In attuazione del regolamento, l'Italia ha bloccato, il 4 marzo 2021, le esportazioni di AstraZeneca verso l'Australia. Cfr. M. ELIANTONIO, "Composite Procedures: Gibt Es Noch Richter in Berlin?", *SIDIBlog*, 19 marzo 2021.

contrattuali⁸⁵. Il 18 giugno 2021 il Tribunale ha adottato un'ordinanza⁸⁶ con cui, riconoscendo parzialmente fondato il ricorso della Commissione europea, ha condannato AstraZeneca a consegnare agli Stati membri dell'Unione europea 50.000.000 dosi entro il 27 settembre 2021 in tre *tranches* e al pagamento di una penalità di 10 euro per ogni dose eventualmente mancante⁸⁷.

La sentenza presenta non pochi punti controversi. Infatti, il ricorso della Commissione contro AstraZeneca era basato su tre motivi: a) essersi astenuta dall'utilizzare tutti i suoi siti di produzione per soddisfare gli impegni assunti con l'UE; b) aver assunto con parti terze impegni in contrasto con quelli assunti con l'UE; c) aver accusato ritardi nella procedura di domanda di autorizzazione dell'immissione in commercio del proprio vaccino. Il Tribunale ha ritenuto fondato solo il primo motivo di ricorso⁸⁸. In più, trattandosi di un giudizio cautelare, esso non ha riconosciuto il risarcimento per equivalente richiesto dalla Commissione, limitandosi ad obbligare

⁸⁵ Numéro de rôle 2021/48/C. La controversia è stata determinata dai ritardi di consegna di AstraZeneca dovuti ad errori di previsione sui potenziali rendimenti di produzione di alcuni stabilimenti (nello specifico Novasep e Catalent), nonché alle restrizioni alle esportazioni cui è stata sottoposta la produzione internazionale di AstraZeneca. Così, mentre il 19 febbraio 2021 AstraZeneca aveva inizialmente prospettato la consegna di 202 milioni di dosi entro il secondo trimestre 2021, l'11 marzo 2021 ha ridotto da 42 a 30 milioni di dosi le previsioni di consegna per il primo trimestre 2021 e ha previsto consegne per il secondo trimestre comprese tra 66 e 82 milioni di dosi. Il 19 marzo 2021 l'Unione europea ha contestato ad AstraZeneca di non aver rispettato l'impegno ai "*best reasonable efforts*" per produrre e consegnare in tempo le dosi destinate agli Stati membri dell'UE e le ha intimato di adottare tutte le misure richieste dall'APA per adempiere agli obblighi contrattuali relativi alle dosi iniziali da consegnare all'UE. In particolare, la Commissione ha contestato ad AstraZeneca di aver consegnato le dosi destinate all'UE al Regno Unito, violando l'impegno assunto nell'APA di non assumere con Stati terzi impegni in conflitto con gli obblighi dell'APA. Dopo un tentativo fallito di risoluzione informale della controversia, conformemente all'art. 18.5 dell'APA, il 23 aprile 2021 l'Unione ha presentato ricorso al Tribunal del première instance francophone de Bruxelles, Section civile.

⁸⁶ Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section civile, ordonnance n. 186, 18 giugno 2021, ec.europa.eu. L'ordinanza è stata adottata in base all'art. 584 del *Code judiciaire belge*, 10 ottobre 1967, relativo ai poteri dei presidenti dei tribunali in caso di misure urgenti e provvisorie.

⁸⁷ Nello specifico 15.000.000 di dosi entro il 26 luglio 2021; 20.000.000 di dosi entro il 23 agosto 2021 e i restanti 15.000.000 di dosi entro il 27 settembre.

⁸⁸ Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section civile, *Ordonnance* n. 186, 18 giugno 2021, p. 51.

AstraZeneca alla mera esecuzione in natura degli obblighi assunti con l'APA⁸⁹. Ciò ha determinato interpretazioni molto discordanti della sentenza⁹⁰.

Al di là degli aspetti di merito, la vicenda dimostra che individuare la legge applicabile e il foro competente nell'ordinamento di uno specifico Stato membro, in base ad un'impostazione in cui gli APA sono assimilati ai tradizionali contratti commerciali internazionali, può danneggiare l'efficace risoluzione di controversie dovute ad inadempimenti delle imprese fornitrici. La specificità degli APA e della situazione emergenziale renderebbero forse più opportuna l'elaborazione di meccanismi di risoluzione delle controversie specifici per questi contratti. I meccanismi *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) o le *Investment Permanent Courts* introdotte negli accordi bilaterali dell'UE⁹¹, per quanto possano costituire utili esempi sotto il profilo procedurale, hanno il limite di essere orientati prevalentemente alla tutela delle parti private. Infatti, solo gli investitori e non anche l'UE o gli Stati possono presentare i ricorsi. Lo stesso limite si riscontra nelle commissioni di ricorso previste in alcune agenzie, che sono finalizzate specificamente a tutelare la posizione delle imprese avverso decisioni che impediscano loro lo svolgimento di attività di produzione di beni o servizi⁹². Entrambi i meccanismi, quindi, non appaiono esempi utili per la risoluzione delle controversie

⁸⁹ Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section civile, *Ordonnance* n. 186, 18 giugno 2021, p. 59, spec. punto 67, par. 3: «Nous estimons que l'Union européenne ne démontre pas, en apparence, que l'intégralité du retard actuellement accusé par AstraZeneca résulte d'un manquement contractuel uniquement. La circonstance que le planning prévisionnel n'ait pas été respecté semble s'expliquer également par les difficultés rencontrées par AstraZeneca indemnes de toute faute et afferents au caractère inédit de la crise sanitaire».

⁹⁰ Cfr. European Commission, "Belgian Court orders AstraZeneca to deliver vaccine doses to the EU – Questions and Answers", ec.europa.eu, 19 giugno 2021; AstraZeneca, "AstraZeneca welcomes Court ruling on supply of its COVID-19 vaccine to Europe", marketwatch.com, 18 giugno 2021; J. DEUTSCH, "Court ruling in AstraZeneca-Commission case lets both sides claim a win", politico.eu, 18 giugno 2021; F. GUARASCIO, A. SMOUT, "EU loses bid for speedier AstraZeneca vaccine deliveries", reuters.it, 18 giugno 2021; "EU, AstraZeneca both claim win in vaccine delivery legal dispute", dw.com; "Coronavirus: Setback for EU in legal fight with AstraZeneca", bbc.com, 18 giugno 2021; S. RING, S. BODONI, "EU Falls Short in Court Bid Demanding Astra's Covid Vaccine", Bloomberg.com, 18 giugno 2021; FEDERICA MARTINY "Vaccini, Perché sia la Commissione sia AstraZeneca sostengono di aver vinto in tribunale", euractiv.it, 21 giugno 2021.

⁹¹ Cfr. CETA, art. 8.18 ss.; *EU-Singapore Investment Protection Agreement*, Capitolo 3; *EU-Vietnam Investment Protection Agreement*, Capitolo 3.

⁹² Per una ricognizione e analisi, S. PUGLIESE, *I meccanismi di revisione degli atti delle agenzie come veicoli di partecipazione: verso un'amministrazione europea aperta, efficace e trasparente*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 715 ss.

in materia di appalti di fornitura, in cui l'UE, gli Stati e le imprese sono parti nello stesso contratto.

Utili modelli si riscontrano tra i meccanismi ADR specificamente adottati nelle controversie in materia di appalti. Nel sistema statunitense, ad esempio, fin dal XIX secolo nei contratti di appalto è prevista la c.d. *dispute clause*, una sorta di rimedio amministrativo simile all'arbitrato, consistente nella sottoposizione della controversia ad una commissione (*board of contract appeals*)⁹³ composta da giuristi e tecnici che possono pronunciarsi su qualsiasi questione relativa al contratto⁹⁴. Per quanto anche in questo caso il ricorso alle commissioni sia riservato all'impresa fornitrice, l'amministrazione appaltante può indurre l'impresa a ricorrere sospendendo i pagamenti ancora dovute e facendo sorgere così una controversia. Questo metodo di risoluzione delle controversie, oltre ad essere meno costoso e più rapido dei rimedi giurisdizionali⁹⁵, ha il vantaggio di garantire che le controversie in materia di appalti siano sottoposte a persone che vantino una specifica *expertise* in riferimento alla tipologia di beni o servizi per cui è richiesta la fornitura e alle controversie ad essi connesse⁹⁶. Un'alternativa ai *boards of contractual appeal* è costituita dai *dispute review boards*, cui un'amministrazione appaltante e un'impresa fornitrice possono sottoporre controversie in punto di fatto (non in punto di diritto) per ottenere una "raccomandazione" che indichi la soluzione migliore⁹⁷. I *dispute review boards* rientrano tra i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie e consentono un significativo risparmio di tempo e costi.

Sulla scorta dell'esempio statunitense, i *dispute boards* sono spesso previsti anche nei contratti delle partnership pubblico-privati (PPP) sia negli Stati Uniti che in Europa⁹⁸ e talvolta acquisiscono anche la funzione di

⁹³ J.V. JOY, *The Disputes Clause in Government Contracts: A Survey of Court and Administrative Decisions*, in *Fordham Law Review*, 1956, p. 11 ss.

⁹⁴ Nati nella prassi contrattuale, i *board* sono stati poi disciplinati dal *Contract Disputes Act* del 1978, 41 USC, par. 601-613 (Supp. V, 1981) e dal *Federal Courts Improvement Act* del 1982 (FCIA), Pub. L. N. 97-164, Stat. 25 (1982).

⁹⁵ A.V. WITTICH, *Contracting with the Federal Government: The Dispute Resolution Process*, in *Public Land Law Review*, 1984, p. 128 ss., 146.

⁹⁶ E.H. CROWELL, C. POU JR., *Appealing Government Contract Decisions: Reducing the Cost and Delay of Procurement Litigation with Alternative Dispute Resolution Techniques*, in *Maryland Law Review*, 1990, p. 183 ss., 192.

⁹⁷ Ivi, p. 234 ss.

⁹⁸ World Bank, *Report on Recommended PPP Contractual Provisions*, Washington D.C., 2015 Edition.

prevenzione delle controversie, offrendo assistenza alle parti e svolgendo controlli periodici per verificare lo stato di avanzamento degli appalti⁹⁹.

Nel 2004 anche l'*International Chamber of Commerce* (ICC) ha adottato le *Dispute Board Rules*, che sono state aggiornate nel 2015¹⁰⁰ in base alle quali, prima di giungere alla raccomandazione o alla decisione finale, i *Dispute Boards* offrono alle parti assistenza per evitare l'insorgere di una controversia e assistenza informale per risolvere eventuali motivi di disaccordo.

Recentemente, l'istituzione di *Dispute Resolution Boards* per le controversie in materia di appalti si va affermando anche in Italia¹⁰¹.

Il modello dei *Dispute Resolution Boards* può costituire uno strumento utile negli APA per rendere la gestione delle controversie fra UE – Stati, da un lato, e imprese fornitrici, dall'altro, più rapida, efficace e meno conflittuale. In situazioni di emergenza sanitaria, infatti, l'interesse dell'UE e degli Stati è quello di ottenere non risarcimenti come forma di riparazione *ex post* dell'inadempimento delle imprese ma rapida e corretta esecuzione degli obblighi contrattuali in termini di tempi di consegna, quantità di prodotti forniti, rispetto degli standard di sicurezza, in modo da poter quanto prima

⁹⁹ Si vedano i contratti standard della *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC), in particolare le *FIDIC Conditions of Contracts for Design Build and Operate Projects* (Gold Book). Cfr. anche Dispute Resolution Board Foundation, *Guidance on the Use of Dispute Boards in Public Private Partnership (PPP) Project*, aprile 2017, p. 1 ss., 10 ss.

¹⁰⁰ Esse prevedono tre tipologie di organi: a) i *Dispute Review Boards* (DRBs) adottano raccomandazioni che non sono vincolanti per le parti, ma che lo diventano se una Parte non notifica all'altra entro trenta giorni la sua opposizione alla raccomandazione; b) i *Dispute Adjudication Boards* (DABs) adottano decisioni vincolanti per le Parti; c) i *Combined Dispute Boards* (CDB) adottano sia decisioni che raccomandazioni. Più nello specifico, se una Parte richiede una decisione vincolante e l'altra Parte non si oppone, è adottata una decisione. Se c'è opposizione da una delle Parti sarà il CDB a valutare se adottare una decisione o una raccomandazione, in funzione dell'urgenza, del rischio di interruzione dell'adempimento contrattuale e della necessità di preservare gli elementi di prova. In tutti e tre i casi, l'inadempimento della raccomandazione (se divenuta vincolante) o delle decisioni può essere sottoposto ad arbitrato o alla giurisdizione competente.

¹⁰¹ Alcune camere arbitrali, come quella di Milano e di Venezia, hanno istituito *Dispute Resolution Board* per le controversie in materia di appalti. In più, il 16 luglio 2020, il d.l. n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» (c.d. "decreto semplificazioni") ha previsto la costituzione obbligatoria di un Collegio Consultivo Tecnico per gli appalti di opere pubbliche superiori ad un determinato importo, composto da giuristi e tecnici, con funzione di risoluzione delle controversie. Invero un organo analogo, con funzioni più blande, era stato già istituito dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici» (c.d. "decreto Sblocca Cantieri") convertito nella l. 14 giugno 2019, n. 55/2019. Sulla assimilabilità del Collegio consultivo tecnico ai *Dispute Board*, cfr. M. NUNZIATA, "Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto Legge semplificazioni", Filodiritto.it, 4 settembre 2020.

superare la fase critica. In questa prospettiva, ancor più utili possono risultare gli organi, che, soprattutto in riferimento a problemi di natura altamente tecnica (come, ad esempio, quelli relativi alla sicurezza dei prodotti), possano supportare le Parti suggerendo rapide ed efficaci soluzioni e prevenendo così l'insorgere di controversie. In questa ottica si pone, invero, l'APA stipulato con Moderna che prevede la possibilità di sottoporre controversie di natura tecnica ad un esperto individuato congiuntamente dalle parti che adotta un parere vincolante¹⁰². Tuttavia, la scelta di rimettere la questione ad un unico soggetto e di limitare lo strumento solo alle controversie di natura tecnica pone dubbi sulla sua concreta efficacia. La previsione di organi collegiali che possano risolvere anche controversie giuridiche potrebbe risultare più utile ed in linea con la prassi consolidata dei *dispute resolution bodies*.

5. Verso una disciplina multilaterale del commercio di prodotti sanitari

Una delle principali emergenze generate dalla pandemia COVID-19 è l'esigenza di garantire l'approvvigionamento di prodotti sanitari ai Paesi a basso reddito. Infatti, per quanto riguarda i dispositivi medici e i dispositivi di protezione individuale, la concentrazione di produzione in Cina, Stati Uniti ed Stati europei ha determinato una forte dipendenza dei Paesi in Via di Sviluppo (PVS) dalle esportazioni di questi ultimi. Per quanto riguarda i vaccini, nonostante l'iniziativa COVAX¹⁰³ abbia cercato di assicurare l'accesso ai farmaci e ai vaccini agli Stati a basso reddito attraverso donazioni e acquisti centralizzati, le grandi potenze, riservandosi, tramite gli APA, buona parte della produzione del 2021, stanno costringendo molti PVS a rimandare al 2022 la campagna vaccinale¹⁰⁴.

¹⁰² Art. I-5 dell'APA UE-Moderna.

¹⁰³ COVAX è un'iniziativa lanciata dall'OMS in partnership con GAVI, *The Vaccine Alliance*, partnership pubblico-privata creata per assicurare l'immunizzazione nei Paesi poveri e *Coalition for Epidemic Preparedness Innovations* (CEPI), partnership globale creata nel 2017 per lo sviluppo di vaccini in grado di contrastare le epidemie. Cfr. C. DE PASCALE, "Il difficile bilanciamento tra proprietà intellettuale e diritti umani nei vaccini: la Covax Facility è una soluzione?", *SIDIBlog*, 16 luglio 2021.

¹⁰⁴ S. BROWN, *The impact of COVID-19 on development assistance*, in *International Journal*, 2021, p. 1 ss., 8; G. NHAMO *et al.*, *COVID-19 vaccines and treatments nationalism: Challenges for low-income countries and the attainment of the SDGs*, in *Global Public Health*, 2021, p. 319 ss., 322 s.

Nella Strategia europea sui vaccini la Commissione ha affermato di essere pronta a sostenere «lo sviluppo e il funzionamento di un meccanismo di appalto, internazionale e inclusivo, in relazione alla COVID-19, che faciliti l'accesso rapido e a prezzi accessibili al vaccino e ad altri strumenti per tutti coloro che ne hanno bisogno in tutto il mondo. Se di dimensioni e portata adeguate, tale meccanismo internazionale potrebbe diventare la polizza assicurativa del mondo contro le pandemie»¹⁰⁵.

In questa prospettiva, se il JPA è applicato nel rispetto della disciplina del GPA, esso può costituire un modello efficace per la costruzione di tale strumento, che dovrebbe essere inserito in un set di regole che assicurino, sul piano multilaterale, la sicurezza e l'accessibilità ai prodotti sanitari e, nel contempo, il rispetto delle regole di apertura e libertà del mercato in tale settore.

Ad oggi, come è noto, l'unico strumento a disposizione è il c.d. *WTO Pharma Agreement* che ha una portata estremamente limitata, trattandosi di un allegato del GATT '94¹⁰⁶ che disciplina esclusivamente l'eliminazione delle tariffe nel settore farmaceutico.

Sotto il profilo della sicurezza, le principali difficoltà nell'immaginare un accordo multilaterale nascono dalle significative differenze tra le principali potenze relativamente agli *standard* e alle procedure di verifica. Per superare tali differenze, come è noto, l'UE propone con gli accordi "*comprehensive*" il metodo c.d. di "cooperazione regolamentare"¹⁰⁷, consistente nella creazione di commissioni composte da esperti e funzionari amministrativi delle Parti contraenti per l'elaborazione di *standard* e procedure condivise. Pur rappresentando il metodo più efficace di superamento delle divergenze regolative, la cooperazione regolamentare è concretamente realizzabile solo tra sistemi che condividono principi e impostazioni abbastanza simili. Si tratta, infatti, di un metodo invasivo, che comporta la necessità di profonde modifiche nei sistemi normativi vigenti nelle Parti contraenti. In più, essa richiede una cooperazione molto stretta tra le amministrazioni e tra gli organi di standardizzazione e una convergenza sul piano tecnico spesso non facile da realizzare tra sistemi con impostazioni differenti.

Nelle situazioni in cui la cooperazione regolamentare finalizzata alla elaborazione di *standard* comuni risulti eccessivamente complessa, si può optare per meccanismi più *soft*. In particolare, si può ricorrere al mutuo

¹⁰⁵ COM (2020) 245, cit., p. 9.

¹⁰⁶ Cfr. *Trade in Pharmaceutical Products*, L 7430, 25 marzo 1994. Attualmente l'Accordo conta otto Parti contraenti tra cui l'UE, il Regno Unito e gli USA.

¹⁰⁷ Cfr. CETA, Capo 21; *EU-Vietnam FTA*, Capitolo 16; *EU-Japan Economic Partnership Agreement*, Capitolo 18; Accordo UE-Regno unito, Parte seconda, Rubrica prima, Titolo X.

riconoscimento tipico degli accordi sulle misure non tariffarie degli anni '90¹⁰⁸, basato sul principio “*once tested, accepted every where*”, in base al quale, una volta stabiliti *standard* minimi di qualità e sicurezza dei prodotti, si consente l'accesso al proprio mercato dei beni che siano stati sottoposti a valutazioni di conformità nello Stato di origine, senza ripetizioni di controlli. Considerata la divergenza degli *standard* di sicurezza relativa ai prodotti sanitari, il ritorno al modello del mutuo riconoscimento può costituire un valido schema regolativo in un accordo multilaterale dove, pur perseguendo obiettivi regolativi comuni, le Parti contraenti hanno un approccio diverso alle tematiche di sicurezza e di valutazione, prevenzione e gestione del rischio¹⁰⁹.

Per quanto riguarda l'accesso ai prodotti sanitari, il JPA come esperienza macro-regionale e gli APA, come già evidenziato, presentano vantaggi e limiti. Se, da un certo punto di vista, le organizzazioni internazionali vantano nei confronti dei fornitori un maggiore potere contrattuale, talvolta la mancanza di strumenti efficaci di *enforcement* mette a repentaglio la concreta esecuzione dei contratti. In questa prospettiva, un accordo multilaterale per la disciplina degli appalti di prodotti sanitari, farmaci e vaccini dovrebbe prevedere meccanismi obbligatori di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali in grado di de-conflittualizzare e velocizzare le relazioni tra Stati e imprese produttrici, come i già analizzati *dispute resolution bodies*. Nel contempo, l'accordo multilaterale dovrebbe stabilire anche

¹⁰⁸ Cfr. TBT, art. 6.3. Per esempi di accordi di mutuo riconoscimento relativi al settore sanitario, cfr. Accordo del 17 agosto 1998 sul reciproco riconoscimento in materia di valutazione della conformità tra la Comunità europea e la Nuova Zelanda, Allegato settoriale relativo a ispezioni Bpf e certificazione delle partite dei medicinali; decisione 566/1998/CE del Consiglio del 20 luglio 1998 relativa alla conclusione di un accordo sul reciproco riconoscimento tra la Comunità europea e il Canada, Allegato settoriale sulle buone prassi di fabbricazione (BPD) dei prodotti farmaceutici e Allegato settoriale sui dispositivi medici; decisione 78/1999/CE del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa alla conclusione di un accordo sul reciproco riconoscimento tra la Comunità europea e gli Stati Uniti, Allegato settoriale sulle buone prassi di fabbricazione dei medicinali (BPF) e Allegato settoriale sui dispositivi medici. Per un'analisi dei MRA, tra gli altri, S. PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea*, cit. p. 29 ss.

¹⁰⁹ Sul mutuo riconoscimento come *best practice* di cooperazione regolamentare, cfr., tra agli altri, K. NICOLAÏDIS, M. EGAN, *Transnational market governance and regional policy externality: why recognize foreign standards?*, in *Journal of European Public Policy*, 2001, p. 454 ss.; D.R. PÉREZ, S. DUDLEY, *Experiences in International Regulatory Cooperation: Benefits, Limitations, and Best Practices*, in AA.VV., *US-EU Regulatory Cooperation: Lessons & Opportunities. Final Report*, Washington D.C.: Regulatory Studies Center, The George Washington University, 2016, p. 1 ss., 8 ss. Per un'applicazione al commercio di prodotti sanitari, cfr. J. FU, J. MCMAHON, *Tackling technical Barriers to PPE: Pathways to Mutual Recognition Agreements in the Post-Pandemic Future*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2021, p. 31 ss.

principi per gli appalti gestiti in maniera “decentrata” dalle singole Parti contraenti. I principi di non discriminazione, apertura, trasparenza e integrità sanciti dal GPA possono essere un adeguato punto di partenza, ed in questo gli accordi bilaterali stipulati dall’UE potrebbero costituire un interessante modello, ma è fondamentale anche disciplinare il rispetto di procedure standardizzate di sicurezza, evitando che esse diventino onerose barriere non tariffarie. In questa prospettiva, l’accordo dovrebbe imporre il ricorso solo agli *standard* stabiliti da organi internazionali altamente accreditati.

Infine, sotto il profilo della garanzia di apertura del mercato, le restrizioni alle esportazioni di dispositivi medici e, più di recente, di vaccini hanno creato non pochi problemi sotto il profilo della compatibilità con il sistema OMC¹¹⁰.

Per evitare queste collisioni e non privare, nel contempo, le Parti contraenti della libertà di adottare misure per assicurare la disponibilità di prodotti sanitari ai loro cittadini, l’accordo dovrebbe stabilire criteri oggettivi per individuare le situazioni di emergenza in cui le Parti contraenti possono far ricorso a misure eccezionali restrittive del commercio, specificando in maniera chiara le condizioni, i tempi, le modalità e i limiti di ricorso alle deroghe. Allo stesso tempo, l’accordo dovrebbe prevedere norme relative al trasferimento della proprietà intellettuale e delle licenze, al controllo sulle catene di approvvigionamento¹¹¹ (che comporta, altresì, l’attivazione di meccanismi di controllo delle acquisizioni, degli investimenti e dei sussidi¹¹²),

¹¹⁰ Per quanto riguarda i dispositivi di protezione individuale, cfr. regolamento di esecuzione (UE) 402/2020 della Commissione del 14 marzo 2020, che subordina l’esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un’autorizzazione di esportazione; regolamento di esecuzione (UE) 426/2020 della Commissione del 19 marzo 2020, recante modifica del regolamento di esecuzione (UE) 402/2020 che subordina l’esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un’autorizzazione di esportazione. Cfr. E. BARONCINI, *UE, COVID-19 e commercio internazionale: una nuova governance sugli healthcare products?*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2020, p. 539 ss.; S. J. EVENETT *et al.*, *The COVID-19 Vaccine Production Club: Will Value Chains Temper Nationalism?*, *EUI Working Papers, Robert Schuman Centre for Advanced Studies RSC 2021/36*, p. 1 ss.; J. PAUWELYN, *Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits Under International Trade Agreements*, in *Journal of World Trade*, 2020, 727 ss. Per quanto riguarda i vaccini, cfr. *supra*, nota 84.

¹¹¹ A.M. PINNA, L. LODI, *Trade and Global Value Chains at the Time of COVID-19*, in *The International Spectator*, 2021, p. 92 ss.

¹¹² Sul punto, cfr. *Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da Paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell’applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)*, COM (2020) 1981, 25 marzo 2020; *Libro Bianco relativo all’introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere*, COM (2020) 253, 17 giugno 2020; proposta di regolamento del Parlamento europeo

alla ripartizione di responsabilità tra imprese e Parti contraenti per i danni derivanti dall'utilizzo dei prodotti, nonché condizioni preferenziali di accesso per i Paesi a basso reddito.

6. Conclusioni

In una fase di forte crisi per il sistema OMC¹¹³, e di fronte ad uno scenario che fa prefigurare un accorciamento delle *supply chain*¹¹⁴, le forme di cooperazione macro-regionale, come il JPA e gli APA, possono costituire la dimensione regolativa e gestionale ottimale soprattutto in settori, come gli appalti, dove gli Stati sono restii ad assumere vincoli troppo stringenti sul piano multilaterale. Affinché la cooperazione macro-regionale non si trasformi in antagonista della cooperazione multilaterale, è, tuttavia, necessario che l'applicazione di questi strumenti avvenga nel rispetto dei principi del GPA, garantendo l'apertura del mercato europeo alla partecipazione degli operatori stranieri e la massima trasparenza in tutte le fasi della procedura. È opportuno, altresì, che le forme di cooperazione regionale siano assunte a modello per l'implementazione di forme di cooperazione multilaterale che salvaguardino il buon funzionamento del mercato nel contempo garantendo l'equità e la solidarietà nell'accesso ai prodotti sanitari.

In vista della costruzione di un sistema sanitario globale resiliente ed in grado di prevenire future emergenze, l'Autorità europea per l'emergenza sanitaria (HERA), proposta dalla Commissione nell'ambito della strategia "Costruire un'Unione europea della salute"¹¹⁵, dovrebbe essere concepita come una sorta di *network agency* che faccia da propulsore per la creazione di una rete internazionale tra le amministrazioni nazionali e gli organismi internazionali che operano nell'ambito degli appalti nel settore sanitario.

e del Consiglio, relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, COM (2021) 223 del 5 maggio 2021.

¹¹³ G. SACERDOTI, "Quo vadis' WTO after COVID-19", *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3610617*, maggio 2020, p. 1 ss., 3 ss.

¹¹⁴ C. GULOTTA, *Le fragilità delle catene di fornitura globali di fronte all'emergenza da COVID-19*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza COVID-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, p. 103 ss.

¹¹⁵ *Costruire un'Unione europea della salute: rafforzare la resilienza dell'UE alle minacce per la salute a carattere transfrontaliero*, COM (2020) 724, 11 novembre 2020, p. 22 ss. Per il momento, la Commissione ha lanciato il c.d. *Hera Incubator* con funzione di favorire la stipula di nuovi APA. Cfr. *HERA Incubator: uniti per battere sul tempo la minaccia delle varianti della COVID-19*, COM (2021) 78, 17 febbraio 2021, p. 5 ss.

Nella comunicazione *Drawing the early lessons from the COVID-19 pandemic* del 15 giugno 2021¹¹⁶, la Commissione ha preannunciato, per il 2022, la presentazione di una proposta di *Single Market Emergency Instrument*, che dovrebbe includere l'inserimento di procedure accelerate in caso di urgenza nella disciplina degli appalti e la possibilità per la Commissione di acquisire forniture a nome degli Stati membri anche per beni diversi dalle contromisure mediche¹¹⁷. Allo stesso tempo, la Commissione evidenzia l'importanza di rafforzare l'architettura di sicurezza sanitaria globale, soprattutto facendosi promotrice di una riforma dell'OMS¹¹⁸. Infine, la Commissione evidenzia l'opportunità offerta dalla Conferenza sul futuro dell'Europa¹¹⁹ per rendere più efficace la risposta dell'UE alle crisi e più resilienti le strutture dell'UE¹²⁰.

È da auspicare che il processo di riforma rafforzi il ruolo dell'UE di coordinamento dell'azione degli Stati membri e di promozione di nuovi strumenti giuridici sul piano globale, in vista dell'affermarsi di una *governance* multilivello della sicurezza sanitaria.

¹¹⁶ COM (2021) 380, 15 giugno 2021.

¹¹⁷ COM (2021) 380, cit., p. 7 ss. Sul potenziale ruolo dell'HERA, p. 10.

¹¹⁸ COM (2021) 380, cit., p. 11 ss. Cfr. anche la "Dichiarazione di Roma" del World Health Summit organizzato dalla Presidenza italiana del G20 il 21 maggio 2021.

¹¹⁹ La Conferenza sul futuro dell'Europa è un'iniziativa comune di Parlamento europeo, Consiglio e Commissione finalizzata a consultare i cittadini attraverso una piattaforma digitale ed eventi a livello europeo, nazionale, regionale e locale su tematiche connesse alla riforma delle istituzioni e delle competenze dell'UE. Entro la primavera del 2022 la Conferenza dovrebbe fornire orientamenti sul futuro dell'Europa.

¹²⁰ COM (2021) 380, cit., p. 14.

SEZIONE IV

I diritti dei migranti durante e oltre la pandemia

Delving into Extraterritorial Jurisdiction in the European Court of Human Rights' Decision on Humanitarian Visas

CARMELO DANISI*

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Lack of protection for lack of jurisdiction under the ECHR. – 3. A formalistic reading of Article 1 ECHR. – 4. Was an alternative approach possible? – 5. Concluding remarks.

ABSTRACT: The contribution analyses the long-awaited decision of the ECtHR on humanitarian visas related to the case *M.N. and Others v. Belgium*. It places the Court's reasoning within the context of its case law on extraterritorial jurisdiction (under Art. 1 ECHR) and shows how the decision seems to restrict further the possibility to generate jurisdictional links between Parties and third-countries individuals "forced to" request asylum to flee persecution, but "prevented to" reach European borders. By looking at developments occurred in the context of other human rights mechanisms, the analysis suggests that the ECtHR could – and can – reach alternative, less formalistic, readings of jurisdiction in order to achieve a better balance between the Parties' sovereign right to control the entry of aliens and individual protection needs.

KEYWORDS: Extraterritorial jurisdiction – ECHR – humanitarian visas – asylum – *non-refoulement* – right to life.

1. Introduction

A long-awaited decision of the ECtHR, one that will be discussed for long¹, has not disappointed all the European governments whose efforts have been aimed to strengthen border controls on migrants, including asylum

* Research Fellow in International Law, University of Bologna, and Visiting Researcher, University of Sussex, carmelo.danisi2@unibo.it.

¹ Initial critical views include A. REYHANI, "Expelled from Humanity. Reflections on *M.N. and Others v. Belgium*", *Verfassungsblog*, 6 May 2020; V. STOYANOVA, "*M.N. and Others v. Belgium*: no ECHR protection from refoulement by issuing visas", *EJIL:Talk!*, 12 May 2020; M. BAUMGÄRTEL, "Reaching the dead-end: *M.N. and others* and the question of humanitarian visas", 7 May 2020. After the publication of the blogpost on which this contribution is based, the decision was analysed *ex multis* in A. RICCARDI, *Alla ricerca di una via legale di fuga. Note a margine di M.N. et al. c. Belgio di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 693 ff.; A. MUCCIONE, *Obbligo di non-refoulement e richieste di visti umanitari nel sistema della Cedu: la decisione della Grande Camera sul caso M. N. e altri c. Belgio*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 105 ff.; F. CAMPLONE, *La sentenza M.N. e al. c. Belgio alla luce di X e X: la conferma della prudenza delle Corti o un impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2020, p. 239 ff.

claimants. With the decision in the case of *M.N. and Others v. Belgium*², the ECtHR has adopted a self-restraint approach that creates an additional obstacle for those asylum claimants who would rely on international human rights law (IHRL) obligations as the only possible way of avoiding dangerous, sometimes deadly, journeys in order to submit an asylum application in Europe³. In a nutshell, the ECtHR concluded that States Parties to the European Convention on Human Rights (ECHR) do not have any obligation to issue humanitarian visas because the ECHR does not apply in the context of proceedings initiated by individuals through diplomatic representations of a State Party, with which such individuals have no connecting ties like nationality or which does not exercise any sort of *physical* control⁴. Whereas some readers may find it unsurprising, in light of recent case law on migration issues⁵ as well as the CJEU's (peculiar) findings on the same matter from an EU law perspective⁶, other readers may qualify the ECtHR's approach based on the lack of jurisdiction as "formalistic" or "ineffective". This is particularly the case when the reasoning adopted by the ECtHR is compared, other than with social realities of today's migration flows, with previous favourable developments occurred not only within its case law, but also with positions adopted by universal human rights bodies attempting to

² ECtHR (Grand Chamber), decision on admissibility of 5 May 2020, app. no. 3599/18, *M.N. and Others v. Belgium*. In addition to what is said below, the applicants alleged also a violation of Article 6 that however, according to the ECtHR's case law, does not apply to asylum/immigration related decisions (see *ibid.* para. 137).

³ For a very initial analysis on the obligation to grant humanitarian visas to people claiming asylum at embassies under the ECHR and the CRC, G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 542 ff.

⁴ More generally on Article 1 ECHR, see S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 857 ff.; M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 121 ff.

⁵ ECtHR (Grand Chamber), judgment of 13 February 2020, app. nos. 8675/15 and 8697/15, *N.D. and N.T. v. Spain*; ECtHR (Grand Chamber), judgment of 21 November 2019, app. 47287/15, *Ilias and Ahmed v. Hungary*. More generally, on the risk of regressive readings by the Court, see L.R. HELFER, E. VOETEN, *Walking Back Human Rights in Europe?*, in *European Journal of International Law*, 2020, p. 397 ff.

⁶ CJEU, judgment 7 March 2017, C-638/16, *X and X v. Belgium*, where the potential application of EU law would have triggered the application of the EU Charter of Fundamental Rights, which does not include a provision like Article 1 ECHR (see Article 51 of the Charter), if the Court would have not found otherwise. On that judgment, A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 2017, p. 271 ff.

expand the applicability of human rights treaties, including via a “non-formalistic” approach⁷.

2. Lack of protection for lack of jurisdiction under the ECHR

When on 20 November 2018 the Court’s Chamber (Second Section) relinquished jurisdiction to the Grand Chamber, there was a heightened expectation that the case *M.N. and Others v. Belgium* could be a turning point in the protection of most asylum claimants headed to Europe. The significant number of States Parties submitting third-party comments signalled an equally increased concern that, perhaps owing to the particular circumstances of the applicants, the ECtHR could really derive from the Convention another obligation to prevent – directly or indirectly – human rights violations in the “sensitive” area of migration and border control.

The applicants – a married couple and two children living in Aleppo, Syria – applied for humanitarian visas at the Belgian Embassy in Beirut in an attempt to flee the situation of «absolute emergency» created by the armed conflict in Syria⁸. These visas were specifically intended to enable them to enter and reside legally in Belgium for the period required to make a formal asylum claim, thus avoiding both dangerous routes to, and irregular entry into, Europe. According to the Belgian Aliens Office, which rejected the applicants’ request, «granting a visa on humanitarian grounds to an individual who intended to apply for asylum in Belgium would [...] create a precedent which would derogate dangerously from the exceptional nature of the procedure for short-stay visas»⁹. The request was indeed made under Article 25 of the Community Code on Visas¹⁰, which is aimed to grant visas only to people who, after entering a Member State for one of specific list of reasons, had no intention of settling there permanently. This could not be the case for the applicants who were forced to seek international protection to build a new life in Europe. Despite the adoption of subsequent (domestic) diverging decisions, with the Aliens Appeals Board ordering the Belgian

⁷ For a discussed example of a non-formalist approach in sensitive cases, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, decision on admissibility of 12 December 2019, UN Doc. CERD/C/100/5, para. 3.44.

⁸ ECtHR, *M.N. and Others v. Belgium*, cit., para. 10.

⁹ *Ibid.*, para. 12.

¹⁰ Regulation (EC) No. 810/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code). For a comprehensive analysis in connection with asylum claimants headed to Europe, see V. MORENO-LAX, *Assessing Asylum in Europe*, Oxford, 2017.

authorities to issue visas or *laissez-passers* as confirmed by the Brussels Court of Appeals, the applicants were eventually denied legal entry in Belgium. During the range of internal proceedings, the Aliens Office gave voice to the underlying fear of “opening the flood” if a positive decision were adopted. The Belgian asylum authorities clearly stated that Article 3 ECHR cannot be interpreted as requiring States Parties to grant entry to «all persons living in catastrophic situations» because «the risk of requiring the developed countries to accept entire populations from the developing world, countries at war or those ravaged by natural disasters»¹¹ is too high.

The Court did not disappoint States Parties and protected them from such an (unverified) risk. It ultimately agreed with the respondent Government: the complaints of the applicants, according to which the Belgian authorities’ refusal to issue humanitarian visas had exposed them to a violation of rights protected by Articles 3 and 13 ECHR, were found inadmissible. In fact, Mr. M.N. and his family did not fall within Belgium’s jurisdiction for the purpose of Article 1 ECHR. In agreement with Belgium, such a case did not justify any exceptions to the general rules on States’ jurisdiction that, as supported also by the *travaux préparatoires* of the Convention¹², is essentially based on a “territorial” concept. Most importantly, although a *public power* was exercised and despite the positive findings of some domestic judges, for the ECtHR it could not be said that Belgian officials had effective control or authority over the applicants. Moreover, even if the decision denying entry had an impact on their situation in Lebanon or Syria, this effect could not be sufficient to establish the jurisdiction over the claimants situated outside Belgium’s territory. No other particular link, for instance in terms of nationality or pre-existing family or private ties with Belgium, was found between the applicants and the respondent State in order to fit them within the latter’s jurisdiction.

The reason for this approach seems to lie primarily on its, expected but unquestioned, consequence, more than any theoretical need of clarity or “unitary” approach in the interpretation of Article 1 ECHR¹³. According to the decision in question, finding that the applicants were under Belgium’s

¹¹ ECtHR, *M.N. and Others v. Belgium*, cit., para. 19.

¹² *Ibid.*, para. 100.

¹³ In addition to the literature already referred above on such territorial notion of jurisdiction, see also the discussion in R. NIGRO, *Notion of Jurisdiction in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, p. 14 ff. and P. DE SENA, *Notion of Contracting Parties’ Jurisdiction under Article 1 of the ECHR: Some Marginal Remarks on Nigro’s Paper*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, p. 75 ff.

jurisdiction for the purpose of Article 1 ECHR would nullify the States' right under international law to control their borders by imposing «an unlimited obligation on the States Parties»¹⁴ to grant entry to their territory to everyone who might be exposed to torture everywhere in the world. Given the *exceptional* nature of broader interpretations of Article 1 ECHR adopted by the Court in its case law¹⁵, as Belgium and all intervening third-party States argued, a positive finding on the matter of jurisdiction *in a migration case* involving embassies would have implied the risk of a “not agreed” sort of universal application of the ECHR.

3. A formalistic reading of Article 1 ECHR

In reaching this decision, the ECtHR distinguished the case *M.N. and Others* from its previous case law generating progressive reading of the Convention. First, according to the Court, the applicants' personal situation was different from all previous cases of expulsions that triggered the jurisdiction under Article 1 ECHR, as relevant alleged victims were already in the territory of the defendant State or at its border¹⁶. Second, situations where the acts of the States Parties *performing or producing effects* outside their territories were found to constitute an exercise of jurisdiction for the purpose of Article 1 ECHR¹⁷, as an exception to the mentioned principle of territoriality, did not fit the particular condition of Mr. M.N. and his family. To underline this specific aspect of the decision, it is worth placing the Court's findings in *M.N. and Others* in the framework of the different models that have been identified to explain the Court's – controversial, or restrictive for some¹⁸ – approach to extraterritorial jurisdiction¹⁹.

¹⁴ *Ibid.*, para. 124.

¹⁵ E.g. ECtHR (Grand Chamber), judgment of 7 July 2011, app. no. 55721/07, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, and ECtHR (Grand Chamber), judgment of 20 November 2014, app. no. 47708/08, *Jaloud v. Netherlands*. In addition to literature referred above, B. MILTNER, *Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeini: The ECHR and Its Lessons*, in *Michigan Journal of International Law*, 2012, p. 693 ff.; J.M. ROONEY, *The Relationship between Jurisdiction and Attribution after Jaloud v. Netherlands*, in *Netherlands International Law Review*, 2015, p. 407 ff.

¹⁶ ECtHR, *M.N. and Others v. Belgium*, cit., para. 120.

¹⁷ *Ibid.*, para. 101 ff.

¹⁸ See e.g. W. VANDENHOLE, *The 'J' Word: Driver of Spoiler of Change in Human Rights Law?*, in S. ALLEN et al. (eds), *The Oxford Handbook of Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2019, p. 417 ff.

¹⁹ For a recap, see also ECtHR (Grand Chamber), judgment of 29 January 2019, app. no. 36925/07, *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, para. 178 and ff.

The usual distinction in this field refers to the kind of control exercised by the Parties in an extraterritorial context. There could be jurisdiction where a State exercises effective control over geographical areas abroad (*spatial model*) – *i.e.* where the fact of the case occurred – or over an individual situated abroad (*personal model*) – *i.e.* the alleged victim(s)²⁰. The usual examples related to these jurisdictional links include, respectively, military occupation or coercive measures against individuals, like detention²¹. When applied to the particular circumstances of applicants, these two models were of little help to bring the applicants within Belgium’s jurisdiction given the case law on which the ECtHR decided to focus on. On the one side, according to the Court, it cannot be said that Belgian authorities exercised any kind of control on Syrian or Lebanese territory where the applicants found themselves. On the other, the Court noticed that Mr. M.N. and his family were never under the authority or control, meant here as coercive power²², of diplomatic agents at the Belgian embassy in Beirut. First, they are not Belgian nationals seeking protection from their embassy. Second, as non-citizens, they “chose” to visit the embassy and they were free to enter and leave the diplomatic facilities as they wished.

In other words, although – we can say – the applicants’ needs can hardly be qualified in terms of free choice given their reasons to flee, according to the Court there was no “physical” control over the alleged victims, a criterion that seems to acquire greater emphasis with the decision at issue²³. In fact, if combined with the finding that the exercise of sovereign powers through visa denials is not enough to bring a case within the authority of the acting State, such (unspecified) physical requirement on the nature of control is likely to restrict further the application of the mentioned personal model for the purpose of Article 1 ECHR. Given also today’s technological developments, any forms of direct remote control without physical contact

²⁰ For an analysis connected with immigration controls, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights*, in V. CHETAIL, C. BAULOZ (eds), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham-Northampton, 2014, p. 118 ff.

²¹ E.g. ECtHR, decision of 12 December 2001, app. no. 5207/99, *Bankovic and Others v. Belgium and Others*, para. 71; *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, cit., para. 136.

²² The ECtHR recalled the case law of the then European Commission of Human Rights, including *X. v. Germany*, judgment of 25 September 1965, app. no. 1611/62, and *M. v. Denmark*, judgment of 14 October 1992, app. no. 17392/90.

²³ As subsequently confirmed in ECHR (Grand Chamber), judgment of 21 January 2021, app. no. 38263/08, *Georgia v. Russia (II)*, paras 109-175, despite the emergence of potential new elements to justify the application of the Convention on “procedural grounds” given the «special features» of a case (see *infra*).

risk falling outside Parties' jurisdiction under the ECHR as well as any cases of «extraterritorial complicity» in (potential) violations of ECHR (absolute) rights²⁴.

Yet, other ways to establish extraterritorial jurisdiction have been, directly or indirectly, questioned by *M.N. and Others* with broader implications for extraterritorial findings under the ECHR. First, in its previous case law, the ECtHR read Article 1 ECHR as also encompassing jurisdictional links generated by the setting up of administrative or judicial proceedings, which can be called – for the sake of consistency – *procedural model*. Although doubts still remain on its exact reach. For example, in *Güzelyurtlu and Others v. Turkey*, jurisdiction was found on the basis of the institution of a criminal investigation against suspects of a murder occurred in another State's territory²⁵, with subsequent implications for the procedural standards arising from Article 2 ECHR²⁶. Even such a model could not support the applicants in *M.N. and Others*. In fact, as the Court emphasised, it was not Belgium that initiated the relevant (administrative and judicial) proceedings involving Mr. M.N. and his family. No jurisdictional link of a procedural nature between them and Belgium could therefore follow. Contrary to what the applicants argued, accepting such a reading of Article 1 ECHR would be tantamount to accepting that any individual could “self”-generate, at their own “choice”, a connection with a Party simply by submitting an immigration-related request from anywhere around the globe²⁷.

Second, despite the lack of direct support in ECtHR's case law, scholars have argued that jurisdiction can be defined on the basis of a State's control over rights of alleged victims²⁸ (a sort of *rights model*). Again, the decision of the ECtHR in *M.N. and Others* seems to place significant obstacles for the development of such an interpretation in the ECHR context. The undisputed power and knowledge of Belgium to determine the applicants'

²⁴ See the interesting analysis carried out in this respect by M. JACKSON, *State Complicity in Torture and Jurisdiction*, in *The European Journal of International Law*, 2016, p. 817 ff.

²⁵ ECtHR (Grand Chamber), *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, cit., para. 196.

²⁶ This “procedural model” has been subsequently adopted in ECtHR (Grand Chamber), *Georgia v. Russia (II)*, cit., para. 328-332, as well as in ECtHR (Grand Chamber), judgment of 16 February 2021, app. no. 4871/16, *Hanan v. Germany*, para. 137 ff. in these cases, the ECtHR even found the existence of procedural obligations for events that, respectively, were expressly held not to fall within the jurisdiction of Russia or were not expressly found to fall within the jurisdiction of Germany (as the dissenting judges also criticised). See below for potential implications for the field at issue here.

²⁷ ECtHR, *M.N. and Others v. Belgium*, cit., para. 123.

²⁸ For a summary of these arguments, see V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, 2020, p. 385 ff.

effective enjoyment of ECHR-protected rights through the issue of a visa was not deemed enough for the Court, *in the absence of* one of the other mentioned models' key elements, to fit the case within Belgium's jurisdiction. As a specification of such a "rights model", it also follows that the decision at issue rejects – indirectly – the idea that a jurisdictional link for the purpose of Article 1 ECHR can be established by resorting to positive obligations under Article 3 ECHR. The fact that Belgium could prevent potential violations of (absolute) rights that might occur during the applicants' subsequent attempt to submit an asylum application through non-legal avenues – *i.e.* well-known dangerous travels towards European borders²⁹ – found no room in the ECtHR's evaluation of the case. However, while the "immigration" concerns of the application could have played a decisive role in this reading of Article 1 ECHR, some of the Court's immigration-related case law itself could have helped to set the grounds for an alternative pathway to a significant development in this field.

4. Was an alternative approach possible?

A question indeed follows spontaneously: would a more radical approach have been possible, albeit with risks for the ECtHR to be strongly criticised by some States Parties? To use the wording of the already mentioned position adopted by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, sometimes «given the particular nature» of some rights, responses to ensure their observance may require a non-formalistic approach in the interpretation of human rights treaties. What would such an approach have meant for the ECtHR in *M.N. and Others*?

In brief, it would have led the Court to question the territorial notion of jurisdiction in international human rights (and, indirectly, refugee) law as a strong reflection of the structure of the international order based on sovereign States, rather than being framed around individual protection needs. This would have required the ECtHR to emphasise the obligations that States Parties have undertaken under the ECHR, even in terms of positive obligations, to protect (and prevent) against harm caused by external sources *when* they exercise authority/sovereign powers in denying entry to aliens. Such an approach would have equally stressed the particular nature of the prohibition of torture and the principle of *non-refoulement*, even in terms of peremptory norms of international law. Finally, it would have

²⁹ Among others, see UNHCR, *Desperate Journeys*, 2018.

meant to underline the specificity of IHRL within international law and to attribute a strong weight to its role as a human rights Court in charge of the supervision of the ECHR. All these factors considered, the justification for such an approach would have been the unquestionable fact that any other solutions, including the one actually adopted by the ECtHR, have the effect of absolving State Parties from their duty to ensure compliance with the ECHR when they *can reasonably have the power to control* the enjoyment of alleged victims' rights. As some scholars might point out³⁰, this more radical approach would probably create a huge gap between what is arguable under international law and what is desirable from a human rights perspective, especially if it would eventually endanger the overall «international human rights law's capacity to protect».

Yet, some room for discussion remains. It is evident that all States – directly or indirectly – participating in the case were particularly worried about the consequences of the ECtHR's decision on their sovereign power to control immigration as well as on the extension of the notion of jurisdiction beyond *physical* (spatial or personal) control. As such, strategically, in their arguments before the Court, intervening States overlooked the *specific circumstances of the applicants*. As the Court itself confirmed, they remembered that all previous exceptional positive findings on extraterritorial jurisdiction were based on grounds of the «specific factual circumstances» of each case³¹. Could the ECtHR have relied on the specific facts in *M.N. and Others* to reach a different decision for the purpose of Article 1 ECHR, given also the particular nature of the right protected through Article 3 ECHR?

Such an alternative reasoning would have been supported by some of the developments occurred in the ECtHR's case law after the well-known judgment in the *Hirsi* case³². The Court has often read the Convention in a way that has guaranteed rights that are *practical* and *effective*, starting from the interpretation of the notion of jurisdiction, the duty to prevent indirect violations of human rights in third States in terms of *non-refoulement* and the obligation of individualised assessments when a risk under Article 2 or 3 ECHR is raised. Being a comprehensive analysis of this case law beyond the scope of this contribution, as a minimum two useful judgments may be recalled here. Despite the above analysed attempt to distinguish *M.N. and Others* from previous migration cases, in *N.D. and N.T. v. Spain* the Grand

³⁰ S. BESSON, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations – Mind the Gap!*, in *ESIL Reflections*, 2020, para. 4.

³¹ See all the case law referred to in Section 3, above.

³² ECtHR, judgment of 23 February 2012, app. no. 27765/09, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*.

Chamber seemed somehow open to bring migrants, who try to pursue the legally available channels to be admitted in a State Party through its diplomatic representations, into the jurisdiction of the State in question³³. In another interesting case, *M.A. and Others v. Lithuania*, the Court also seemed open to new facets of the notion of jurisdiction, when it decided to analyse the merits of a situation where national authorities have not admitted aliens on grounds that *decisions refusing entry* were «imputable to Lithuania and thereby fell within its jurisdiction»³⁴. Although it is true that the applicants found themselves at the Lithuanian borders, the focus has been placed on the exercise of authority by the defendant State in carrying out immigration controls and in the attribution of the decisions adopted against the applicants. In other words, the defendant State was not exercising any sort of coercive power over the applicants. Significantly, by looking at the particular condition of the applicants – a family with children from Chechnya, the Court recalled that, when aliens *intend to* submit an asylum claim, States Parties bear the responsibility for protecting them also against indirect violations of Article 3 by ensuring an assessment of the relevant risks – if removed or non-admitted – especially in countries that are not Parties to the ECHR.

If these elements would have been emphasised in the evaluation of *M.N. and Others*, some “special features” of the case call for a different outcome³⁵. In fact, the particular combination of the specific situation of Mr. M.N. submitting a visa request at an embassy for his family with children, the decision of non-admission subsequently adopted by national (inland) authorities as an element of governmental authority despite the risk to expose them – directly or indirectly – to treatment prohibited by Article 3 ECHR and the applicants’ asylum “forced” intentions joint to the lack of individualised assessments could have been used to bring the applicants’ situation within the jurisdiction of Belgium. As a result, the application of the ECHR and the full evaluation on the merits of the case would have followed.

To this end, useful insights could have come from developments occurring within other regional, *i.e.* the Inter-American³⁶, and universal human

³³ ECtHR, *N.D. and N.T. v. Spain*; cit., para. 212 ff.

³⁴ ECtHR, judgment of 11 December 2018, app. no. 59793/17, *M.A. and Others v. Lithuania*, para. 70.

³⁵ Although they relate to a significantly different context, the resort to such “special features” seems emphasised in subsequent case law: see ECtHR (Grand Chamber), *Georgia v. Russia (II)*, cit., and ECtHR (Grand Chamber), *Hanan v. Germany*, cit.

³⁶ A. DE LEO, J. RUIZ RAMOS, “Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with *M.N. and Others v. Belgium* before the ECtHR”, *EU Immigration*

rights protection systems. Focusing the attention here on the latter, these developments include the interpretation of the right to life, protected by Article 6 ICCPR, as provided by the Human Rights Committee (HRC) in its General Comment no. 36³⁷. The parallel is justified by the equal non-derogable nature of both the right to life, on one hand, and the prohibition of torture and the related principle of *non-refoulement*, on the other hand. As analysed elsewhere³⁸, in that General Comment, the HRC states that Parties may have jurisdiction on «persons located outside any territory effectively controlled by the State, whose right to life is nonetheless *impacted* by its military or *other activities in a direct and reasonably foreseeable manner*»³⁹. Taking into account that, in relation to these people, the HRC refers both to the exercise of States' power (as opposed to «effective control» by the use of «or») and to «all activities» across the General Comment, the application of this reasoning in the area of asylum cannot be excluded *a priori*. In fact, as the HRC points out, the duty to protect life requires each State to ensure that «all activities» taking place «in whole or in part within their territory and in other places subject to their jurisdiction, but *having a direct and reasonably foreseeable impact* on the right to life of individuals outside their territory»⁴⁰, are consistent with Article 6 ICCPR⁴¹. In other words, it can be argued that, when an individual submits in a situation of *prima facie* “absolute emergency” a request for a humanitarian visa or an asylum claim at a diplomatic representation, which exercises a governmental function, the State Party in question becomes aware of a situation that may be expected to cause the individual's unnatural or premature death *unless* it intervenes to prevent such death. This «foreseeable and preventable life-terminating harm or injury» emphasised by the HRC across the entire General Comment, in combination with the exercise of power via the adoption of decisions denying entry that generates *the needed impact* over people's

and Asylum Law and Policy, 13 May 2020, in relation to Inter-American Court of Human Rights, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección*, *Opinión consultiva*, OC-25/18 of 30 May 2018.

³⁷ HRC, *General comment No. 36 on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 of 30 October 2018.

³⁸ C. DANISI, *Crossing borders between International Refugee Law and International Human Rights Law in the European context*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, p. 359 ff.

³⁹ HRC, *General comment No. 36*, cit., para. 63 (emphasis added).

⁴⁰ *Ibid.*, para. 22. Yet, this sort of approach is not uncontested: see S. BESSON, *Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations*, cit.

⁴¹ See the recent view of the HRC in which these principles are applied, with potential positive implications for the field at issue here: HRC, *View of 4 November 2020*, UN doc. CCPR/C/130/D3042/2017, *A.S. et. al. v. Italy*.

enjoyment of rights, seems to create the necessary jurisdictional link to have the ICCPR applied even in the context of visa requests *if* these may prevent a premature death.

A similar reasoning may be followed from the perspective of Article 3 ECHR. When States Parties receive a request for a humanitarian visa in their diplomatic representations, they may become aware of a foreseeable and preventable torture or inhuman or degrading treatment *if* such risk emerges *prima facie* from the *specific factual circumstances* of the applicant(s) in question. As a result, rather than leading to a “universal application” of the ECHR as it was argued in *M.N. and Others*, such a request may actually bring a situation under the jurisdiction of the States Parties in a limited range of cases. This can occur when specific personal circumstances, which may even be restricted to situations to be proved such as exposure to specific war crimes or the involvement of children in deadly contexts requiring interpretations based on their best interests, let a State Party foresee an inevitable torture or inhuman or degrading treatment as a result of its inaction. Only in such factual circumstances, which require a case-by-case analysis instead of *a priori* lack of jurisdiction, would States Parties exercise authority over (some) future asylum claimants by deciding whether or not to admit them to their territory.

Not only do HRC’s recent positions support this reasoning. Other UN Committees seem to move in a similar direction. For example, having regard for the mentioned best interests of the child principle (see Article 3 of the Convention on the Rights of the Child⁴²), the Committee on the right of the child (CRC) has recently found that a State Party has jurisdiction over children located in another state when it has «the capability and the power to protect the rights of children in question»⁴³. Such capability must be proved given the factual circumstances of a case. In this respect, the nature of the risks in terms of irreparable harms encountered by interested children, the knowledge by the State Party of such risks and the consequences of inaction of the same State party appear to be essential factors for bringing under the

⁴² M. CROCK, L.B. BENSON (eds), *Protecting Migrant Children. In Search of Best Practice*, Cheltenham-Northampton, 2018.

⁴³ Committee on the Rights of the Child, decision of 2 November 2020, UN Doc. CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019, paras. 9.6-9.7. As explained elsewhere, despite the alleged victims in these specific cases are nationals of the State Party (*i.e.* French children in a vulnerable condition in Northern Syria), a contextual reading of the principles underlying the Convention on the rights of the child (e.g. Art. 2) seems to exclude that the nationality of interested children as such may be an essential factor for finding extraterritorial jurisdiction under that Convention.

jurisdiction of a State Party children located in a territory that are not (either the children or the territory) under its control. It cannot be excluded that, in specific circumstances determined *inter alia* by the above-mentioned factors, such a capacity to act could materialise through the issue of a humanitarian visa *if* the exercise of this power by a State Party can (is the only way to?) ensure children's enjoyment of rights under the Convention on the rights of the child.

In short, by emphasising the control of a State party of a human rights treaty over the enjoyment of people's rights, the alternative approach proposed here would certainly be more in line with a reading of these treaties that pursues their primary aim, as Article 31 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties reminds us. Within the ECHR system of protection, not only could this alternative approach benefit from tests already elaborated by the same ECtHR, for example the one developed in cases of removals of aliens close to death with no prospect of access to adequate care assistance⁴⁴. In evaluating jurisdictional aspects in the relevant case law after *M.N. and Others v. Belgium*, the ECtHR has placed a significant attention on contextual "external" obligations binding defendant States. It cannot be excluded that more weight could be placed on obligations like those arising from the convention on the rights of the child or international refugee law in the identification of (one of) the "special features" enabling the ECtHR to find a jurisdictional link in the context at issue here⁴⁵.

5. Concluding remarks

Although there is room for a significant development in the field explored in this contribution, the position of the ECtHR and the interpretation of Article 1 ECHR that emerged in *M.N. and Others* is unlikely to be revised in the immediate future. Even the efforts dedicated into pending

⁴⁴ ECtHR, judgment of 1 October 2019, app. no. 57467/15, *Savran v. Denmark*. For an analysis of key cases, C. DANISI, *Protecting the Human Rights of People Living with HIV/AIDS: A European Approach?*, in *Groningen Journal of International Law*, 2015, p. 47 ff.

⁴⁵ See the role played by "external" obligations related to international humanitarian law in determining the jurisdictional link for the purpose of the application of the procedural obligations under article 2 ECHR in ECtHR (Grand Chamber), *Hanan v. Germany*, cit., para. 137 ff. (in relation to the criminal investigation concerning deaths which had occurred during an airstrike by German military forces in Afghanistan) and ECtHR (Grand Chamber), *Georgia v. Russia (II)*, cit. paras. 328-332 (in relation to effective investigation on war crimes by Russia committed during the active phase of the 2008 hostilities in Georgia and south Ossetia).

applications that question the compliance with the ECHR of the pull-back operations of migrants in the Mediterranean now face a significant risk of failure⁴⁶, Unless the *specific circumstances of each case* are seriously taken into account as well as the legal and practical obstacles that are put in place at “the initiative” of States Parties to submit asylum applications. Without these considerations being embedded in the ECtHR’s evaluation, those pending applications may not achieve the momentous change in the understanding of extraterritorial jurisdiction, *i.e.* from one primarily based on “physical” control to one that looks at the “sovereignty-effect” nexus that is the exercise of sovereign powers having the above explored predictable extraterritorial impact on the enjoyment of protected (absolute) rights. For the sake of completeness, it is worth noting that the developments of the mentioned “procedural model” in the subsequent case law does not seem to facilitate such a change – at least – in the migration context. It is true that, in both the *Georgia v. Russia (II)* and *Hannan v. Germany* 2021 cases, the ECtHR marks a firmer distinction between procedural and substantive obligations under Article 2 ECHR also in terms of jurisdiction⁴⁷, which may facilitate the above advanced emergence of a duty to carry out a case-by-case analysis when States Parties’ actions have a foreseeable impact on the enjoyment of ECHR rights in relation to people in need of a humanitarian visas to escape from immediate risks of life. Yet, just to mention one critical aspect, it is open to question whether this kind of procedural jurisdictional links may also be established for “prospective” harms to people’s rights, as a case like *M.N. and Others* would require, or only to past events leading to people’s deaths. To be useful in the context at issue here, some clarifications by the ECtHR as well as further research is certainly needed.

For sure and to conclude, the ECtHR’s inadmissibility decision in *M.N. and Others v. Belgium* leaves open more questions than it tries to answer. It remains unclear why the ECtHR chose to focus on general considerations based on migration, rather than paying specific attention on the factual circumstances of the case *given the context* generated by that migration control. The substantial lack of safe channels *as decided* by the same State could have been of use in this respect, in line with previous findings in *N.D. and N.T.* Instead, at least indirectly, the decision strengthens immigration control policies as they stand nowadays by placing (the limited) legal avenues available

⁴⁶ E.g. ECtHR, app. no. 21660/18, *S.S. v. Italy* (pending).

⁴⁷ See, for example, the criticism expressed by some Grand Chamber’s judges themselves on this interpretation of the ECHR: *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Grozev, Ranzoni and Eicke*, attached to ECtHR (Grand Chamber), *Hanan v. Germany*, cit.

to asylum claimants outside Parties' jurisdiction. It is equally unclear why a case-by-case analysis would have not been more effective and practical to balance, on one hand, the States Parties' interest to maintain their sovereign powers to control migration and, on the other hand, the interests of individuals to avoid human rights violations in deadly routes to Europe. This more balanced and individualised approach would have perhaps allowed the ECtHR to bring in considerations based on the principle of the best interests of the child⁴⁸, which is totally absent in its decision despite the involvement of children in the *M.N. and Others* case. Finally, it remains still unclear whether the exercise of public powers over aliens, even via the institution of inland proceedings, can never trigger jurisdiction under the ECHR unless it is not connected with any sort of essentially physical control or if such an interpretation would be sectorial, *i.e.* restricted to migration and asylum cases, which is something difficult to be justified.

In short, was this decision really a way to protect a «well-established principle of public international law» (*i.e.* the right of States Parties to control the entry, residence and expulsion of aliens⁴⁹) or was it rather a way of saving the Court's reputation before European States increasingly interested in implementing sovereignty-based agendas? In this respect, the ECtHR certainly satisfied those who raise the irrational fear of a "flood" of requests via IHL obligations in the area of humanitarian visas. It certainly agreed with States Parties in avoiding the risk of introducing undemonstrated «factors of disorder and instability»⁵⁰. Asylum claimants forced to entrust their lives in the hands of smugglers, or – worse – of traffickers of human beings, will in contrast wonder what the role of the ECtHR really is. Again, for the time being, the last word on opening legal channels to access asylum procedures in Europe is therefore to be found in European Governments' political agendas, certainly not in the European (either ECHR or EU) frameworks of human rights protection.

⁴⁸ In line with the approach followed in other cases involving children, e.g. ECtHR (Grand Chamber), judgment of 3 October 2014, app. no. 12738/10, *Jeunesse v. The Netherlands*.

⁴⁹ ECtHR, *M.N. and Others v. Belgium*, cit., para. 124.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 90.

Il caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*: le nuove frontiere del principio del *non-refoulement* in relazione al cambiamento climatico

FRANCESCO MALETTO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto della vicenda ed i ricorsi interni. – 3. Le considerazioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. – 4. Il riconoscimento del divieto di *refoulement* in rapporto a condizioni legate al cambiamento climatico e riflessioni conclusive.

ABSTRACT: Le considerazioni adottate dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* rappresentano una pronuncia di notevole importanza in relazione al fenomeno dei “rifugiati climatici” ed al rapporto tra problematiche causate dal cambiamento climatico e diritti umani fondamentali. In tale decisione, infatti, il Comitato ha, per la prima volta, prospettato l’applicazione del principio del *non-refoulement* in caso di rischio per la vita derivante da disastri ambientali legati a cambiamenti climatici. Nel caso di specie, il ricorrente, cittadino di Kiribati, aveva sostenuto che la Nuova Zelanda, respingendolo verso il proprio Stato d’origine, avesse violato il suo diritto alla vita riconosciuto dall’art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Nello specifico, l’innalzamento del livello del mare a Kiribati si sarebbe tradotto in una scarsità di spazio degenerata in violente dispute, che avrebbero messo in pericolo la vita del ricorrente, nonché in una generale situazione di degrado ambientale. La questione giuridica, dunque, ruota attorno all’esistenza in capo agli Stati di un obbligo di *non-refoulement* in caso di scenari di degrado ambientale che possano compromettere l’effettivo godimento del diritto alla vita e, danneggiando il benessere degli individui, tradursi in una sua violazione. Ebbene, a tale questione il Comitato ha risposto positivamente, riconoscendo la sussistenza di siffatto obbligo in capo agli Stati di destinazione nella misura in cui, in caso di respingimento, la vita del richiedente potrebbe essere messa a repentaglio proprio a causa della degenerazione ambientale creata dal cambiamento climatico.

PAROLE CHIAVE: Clima – rifugiati – *non-refoulement* – disastri – ambiente – migrazioni.

1. Introduzione

Le considerazioni (*views*) sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* (comunicazione n. 2728/2016)¹, adottate dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite (Comitato) nell’ambito della sessione tenutasi dal 14 ottobre all’8 novembre

* Dottorando di ricerca in Comparative and International Environmental Law, Università di Maastricht, f.maletto@maastrichtuniversity.nl.

¹ Comitato dei diritti umani, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016 del 23 settembre 2020.

2019, e pubblicate il 7 gennaio 2020, costituiscono una pronuncia di notevole importanza in materia di cambiamento climatico e dell'impatto di tale fenomeno sui diritti umani. In particolare, come si vedrà, nel quadro della decisione in oggetto, il Comitato ha – per la prima volta – avuto l'occasione di prospettare l'applicazione del divieto di *refoulement* in caso di rischio per la vita derivante da disastri ambientali legati a cambiamenti climatici.

2. Il contesto della vicenda ed i ricorsi interni

In primo luogo, va qui ricordato che il ricorrente, il sig. Ioane Teitiota, era (ed è) un cittadino della Repubblica di Kiribati che aveva presentato domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato innanzi alle autorità della Nuova Zelanda. A fronte del rigetto della propria domanda da parte di queste ultime, il sig. Teitiota ha adito il Comitato asserendo che la Nuova Zelanda, nel rigettare la domanda e nel respingerlo verso la Repubblica di Kiribati, aveva violato il suo diritto alla vita, riconosciuto dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (Patto).

Nello specifico, l'autore della comunicazione ha sostenuto che gli effetti del cambiamento climatico e l'innalzamento del livello del mare lo avrebbero costretto, insieme alla sua famiglia, a emigrare dall'isola di Tarawa, nella Repubblica di Kiribati, fino in Nuova Zelanda. La situazione a Kiribati, infatti, sarebbe divenuta sempre più instabile e precaria proprio a causa dell'innalzamento del livello dell'Oceano Pacifico in conseguenza del riscaldamento globale. Ma non solo. L'acqua potabile sarebbe divenuta scarsa a causa della contaminazione da acqua salata e del sovraffollamento dell'isola. Nonostante ripetuti tentativi, le misure poste in essere dal Governo di Kiribati per contrastare la situazione si sarebbero rivelate inadeguate e non sarebbero state in grado di impedire né la crisi abitativa né le dispute – in alcuni casi sfociate anche in episodi di violenza – relative al possesso di terre sempre meno fertili in ragione della loro progressiva salinizzazione. La Repubblica di Kiribati sarebbe dunque divenuta un ambiente instabile e violento, pericoloso per la vita del sig. Teitiota e della sua famiglia.

Nel 2012 il ricorrente aveva cercato asilo in Nuova Zelanda presentando la relativa domanda alle autorità competenti, le quali, tuttavia, l'avevano rigettata. Egli si era dunque rivolto al Tribunale per l'immigrazione (*Immigration and Protection Tribunal*) che, parimenti, si era pronunciato in senso negativo. Il rigetto veniva poi confermato in appello ed in ultima istanza. In tale contesto, la pronuncia del Tribunale del 25 giugno 2013 merita di essere esaminata.

Questa decisione, come del resto (si veda *infra*) le stesse considerazioni del Comitato, si fondava su profili di carattere fattuale, non escludendo che, in linea di principio, lo scenario di degrado ambientale riscontrato possa creare «pathways into the Refugee Convention or protected person jurisdiction»². In particolare, dopo aver esaminato in maniera approfondita la situazione ambientale della Repubblica di Kiribati e dell'isola di Tarawa, il Tribunale si era interrogato sulla possibilità di qualificare il sig. Teitiota come rifugiato o, comunque, persona protetta alla stregua della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati o del Patto.

Con riferimento all'applicabilità della Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951³, la corte neozelandese non ne escludeva in radice l'applicabilità a persone colpite da disastri ambientali, affermando che, in assenza di qualsivoglia presunzione di inapplicabilità, sarebbe stato opportuno effettuare una valutazione caso per caso, al fine di verificare se, nel caso di specie, sussistessero gli estremi per il riconoscimento dello *status* di rifugiato⁴. Orbene, esaminate – forse con un'eccessiva dose di flessibilità – le norme applicabili in materia e la situazione fattuale, il Tribunale concludeva che il ricorrente non si sarebbe trovato a fronteggiare un effettivo rischio di persecuzione ove avesse fatto ritorno a Kiribati. In particolare – sempre a giudizio del Tribunale – egli non sarebbe mai stato coinvolto in dispute relative al possesso di terreni, né ci sarebbero state prove in ordine a rischi di sofferenze fisiche a causa della situazione di violenza descritta in precedenza. Al contrario, il sig. Teitiota sarebbe stato in grado di trovare un alloggio per sé e la sua famiglia, nonché di avere accesso ad acqua potabile e cibo. Di conseguenza, non si sarebbero potute ravvisare condizioni in forza delle quali considerare a rischio la vita sua e dei suoi familiari. Per questi motivi, secondo il Tribunale per l'Immigrazione, non sarebbe stato possibile riconoscere al sig. Teitiota lo *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione⁵.

In relazione alle norme del Patto, il Tribunale si era sostanzialmente concentrato su possibili violazioni, in caso di rimpatrio del sig. Teitiota, dell'art. 6 e, in misura minore, dell'art. 7 del Patto⁶. Rispetto al primo, veniva

² UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit., par. 2.2 e 4.5.

³ Il testo della Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951 è reperibile al [link www.unhcr.org](http://www.unhcr.org).

⁴ Sul punto, D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, L. RAJAMANI, *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2017, p. 319.

⁵ UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit., par. 2.8.

⁶ L'art. 6 del prevede quanto segue: «1. Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita. 2. Nei Paesi in cui la pena di morte non è stata abolita, una sentenza capitale può essere pronunciata soltanto per i delitti più gravi, in conformità alle leggi vigenti al momento

sottolineato – richiamando il *General Comment* del Comitato n. 6 del 1982⁷ (oggi sostituito, come si vedrà *infra*, dal n. 36 del 2018⁸) – che il diritto alla vita consacrato nell’art. 6 deve essere oggetto di un’interpretazione di carattere estensivo. Inoltre, il diritto alla vita implicherebbe anche un obbligo positivo in capo allo Stato di garantire tale diritto attraverso l’adozione di misure idonee ad assicurare il godimento delle basilari esigenze di vita. A tal proposito il sig. Teitiotia non avrebbe fornito prova di alcun atto od omissione da parte del Governo di Kiribati indicante un qualsivoglia rischio di privazione arbitraria della sua vita. D’altra parte – sempre secondo il Tribunale – il Governo di Kiribati sarebbe stato particolarmente attivo sul piano del contrasto alle minacce del cambiamento climatico, come dimostrato dal relativo *National Adaptation Programme of Action* del 2007, presentato in seno alla *United Nations Framework Convention on Climate Change*. Infine, nessuna prova sarebbe stata fornita dal ricorrente sulla sussistenza di un effettivo rischio per la vita sua e dei propri familiari in caso di ritorno a Kiribati, rischio che – sempre secondo la richiamata giurisprudenza del Comitato⁹ – deve essere «imminente». Ecco perché, a parere dei giudici neozelandesi, nessuna violazione degli art. 6 e 7 del Patto si sarebbe generato in caso di ritorno del sig. Teitiotia a Kiribati.

La decisione veniva confermata tanto in appello quanto dalla Corte Suprema, che peraltro sottolineava come, da un lato, in caso di ritorno a

in cui il delitto fu commesso e purché ciò non sia in contrasto né con le disposizioni del presente Patto né con la Convenzione per la prevenzione e la punizione del delitto di genocidio. Tale pena può essere eseguita soltanto in virtù di una sentenza definitiva, resa da un tribunale competente. 3. Quando la privazione della vita costituisce delitto di genocidio, resta inteso che nessuna disposizione di questo articolo autorizza uno Stato parte del presente Patto a derogare in alcun modo a qualsiasi obbligo assunto in base alle norme della Convenzione per la prevenzione e la punizione del delitto di genocidio. 4. Ogni condannato a morte ha il diritto di chiedere la grazia o la commutazione della pena. L’amnistia, la grazia o la commutazione della pena di morte possono essere accordate in tutti i casi. 5. Una sentenza capitale non può essere pronunciata per delitti commessi dai minori di 18 anni e non può essere eseguita nei confronti di donne incinte. 6. Nessuna disposizione di questo articolo può essere invocata per ritardare o impedire l’abolizione della pena di morte ad opera di uno Stato parte del presente Patto». L’art. 7, invece, prevede che «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti. In particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

⁷ Comitato dei diritti umani, *CCPR General Comment No. 6: Article 6 (Right to Life)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 del 30 aprile 1982.

⁸ Comitato dei diritti umani, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, UN Doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018.

⁹ Comitato dei diritti umani, *Decision on Communication No. 1440/2005*, UN Doc. CCPR/C/87/D/1440/2005 del 14 agosto 2006.

Kiribati, il sig. Teitiota non sarebbe stato in pericolo di subire alcun danno effettivo e, dall'altro, come non vi fosse evidenza del fatto che il governo del Paese fosse stato manchevole nell'offrire protezione ai propri cittadini in relazione alle problematiche legate al cambiamento climatico.

3. Le considerazioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite

Esauriti i ricorsi interni, il sig. Teitiota ha presentato una comunicazione al Comitato, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo opzionale del Patto, sostenendo appunto che, respingendolo verso Kiribati, la Nuova Zelanda avrebbe violato il suo diritto alla vita riconosciuto dall'art. 6 del Patto. In particolare, come già ricordato, l'innalzamento del livello del mare a Kiribati si sarebbe tradotto in una scarsità di spazio degenerata in violente dispute che avrebbero messo in pericolo la vita del ricorrente, nonché in una situazione di degrado ambientale caratterizzata, tra le altre cose, dalla contaminazione da acqua salata delle risorse idriche potabili.

Lasciando da parte le questioni relative all'ammissibilità della comunicazione, è senza dubbio interessante concentrarsi sulle argomentazioni utilizzate dal Comitato nel merito. Al riguardo è da sottolinearsi che il ragionamento si apre proprio con un'approfondita analisi del rapporto tra il principio del *non-refoulement* e i diritti fondamentali della persona umana¹⁰. In particolare, il Comitato fa riferimento all'obbligo di non estradare, deportare, espellere o in ogni caso respingere un individuo dal proprio territorio nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere sussistente un rischio reale di danno irreparabile ai diritti sanciti agli art. 6 e 7 del Patto medesimo. Nello specifico, viene confermato quel che appare un principio ormai consolidato nella prassi: e cioè, che l'obbligo appena citato ha una portata applicativa più ampia di quella riconosciuta al principio del *non-refoulement* nell'ambito del diritto internazionale dei rifugiati, offrendo protezione a tutti coloro che nello Stato di provenienza siano esposti a un reale rischio di violazione del proprio diritto alla vita¹¹. Sottolinea poi il Comitato che gli obblighi per gli Stati contraenti di rispettare e garantire il diritto alla vita si estendono altresì ai rischi comunque prevedibili e alle situazioni c.d. *life-threatening* che potrebbero risultare in una perdita della vita medesima. I

¹⁰ Sul punto, Comitato dei diritti umani, *General Comment on The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 del 26 maggio 2004.

¹¹ Si veda, su tutti, UN Doc. CCPR/C/GC/36, cit.

rischi, tuttavia, devono essere individuali e non derivare, tranne che in casi estremi, da condizioni di carattere generale¹². Inoltre, è, secondo il Comitato, necessario rispettare un «high threshold» per offrire prova della sussistenza di un effettivo rischio di danno irreparabile (su questo punto, si veda *infra* l'opinione dissenziente di Laki Muhumuza).

È però il passaggio successivo ad essere centrale: con esso le problematiche legate al cambiamento climatico vengono innestate, per così dire, nell'ambito del diritto alla vita, così come riconosciuto dall'art. 6 del Patto. Sono proprio, secondo il Comitato, il degrado ambientale, il cambiamento climatico e lo sviluppo non sostenibile a costituire, sempre nel solco di quanto già affermato nel *General Comment* n. 36 del 2018, «some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life»¹³. Allo stesso modo, il degrado ambientale può compromettere l'effettivo godimento di tale diritto e, danneggiando il benessere degli individui, può tradursi in una sua violazione. A sostegno di queste affermazioni, peraltro, il Comitato richiama proprio quanto sottolineato nel *General Comment* appena citato¹⁴: l'obbligo degli Stati di rispettare e garantire il diritto alla vita – e, in particolare, il diritto ad una vita dignitosa – implica la sussistenza in capo agli Stati di obblighi di carattere positivo, tra cui rientrano anche quelli derivanti dal diritto internazionale dell'ambiente. L'effettivo godimento del diritto ad una vita dignitosa, infatti, dipende anche dalle misure adottate dallo Stato per proteggere l'ambiente dai danni derivanti dall'inquinamento e dal cambiamento climatico. Ampia è poi la giurisprudenza esaminata dal Comitato: tra le sentenze citate, particolarmente interessante – per profili di attualità – è il richiamo alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Ilva*¹⁵, nell'ambito della quale la Corte aveva affermato come «serious environmental harm may affect individuals' well-being and deprive them of the enjoyment of their domicile, so as to compromise their right to private life».

È di tutta evidenza che del diritto alla vita viene fornita un'interpretazione estensiva, che si traduce nel riconoscimento del diritto di ogni individuo a godere di una vita dignitosa e libera da atti od omissioni che possano metterla a rischio. Come si diceva, tale interpretazione implica la sussistenza

¹² Ivi, par. 30.

¹³ UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit., par. 9.4.

¹⁴ Si veda, ancora, UN Doc. CCPR/C/GC/36, cit., par. 26 e 62.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 24 gennaio 2019, ric. nn. 54414/12 e 54264/15, *Cordella e al. c. Italia*.

in capo agli Stati di obblighi di carattere positivo¹⁶, i quali peraltro comportano, come chiarito da alcuni commentatori¹⁷, una sorta di sovrapposizione con gli obblighi contenuti nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

A questo proposito, come sottolinea anche l'articolo appena citato, le *core obligations* risultanti da quest'ultimo Patto potrebbero fungere da utile guida per la verifica della sussistenza delle condizioni necessarie al pieno godimento del diritto alla vita, come il diritto a una casa o all'acqua potabile. Tali aspetti potrebbero altresì essere valutati al fine di verificare se lo Stato abbia preso misure effettive a contrastare, *inter alia*, gli effetti del cambiamento climatico.

Il Comitato riconosce, in sintesi, come il cambiamento climatico, con tutti gli aspetti a esso connessi, possa tradursi in un rischio di violazione del diritto alla vita consacrato nel Patto internazionale sui diritti civili e politici e possa, di conseguenza, comportare il sorgere di obblighi legati al divieto di *refoulement* in capo agli Stati ai quali le domande d'asilo vengono presentate. E ciò nella misura in cui, in caso di respingimento, la vita del richiedente potrebbe essere messa a repentaglio proprio a causa della degenerazione ambientale creata dal cambiamento climatico. Il compito di effettuare tale valutazione è tuttavia attribuito agli Stati. A questo proposito, difatti, va sottolineato il richiamo¹⁸ alla circostanza secondo la quale le valutazioni in ordine alla sussistenza di tale rischio debbano essere rimesse alla valutazione degli Stati, sindacabili solamente nella misura in cui esse (valutazioni) siano «clearly arbitrary or amounted to a manifest error or a denial of justice». Sul punto, come del resto chiarito in dottrina¹⁹, il Comitato mostra quindi una certa *deference* nei confronti delle corti interne, limitando il proprio sindacato, con riferimento agli aspetti fattuali, alle ipotesi di manifesta arbitrarietà, erroneità o ingiustizia di detta valutazione.

In merito alla valutazione compiuta dal Tribunale neozelandese (che – lo si ricorda – aveva ampiamente chiarito che le sue conclusioni non doversero essere lette nel senso che «environmental degradation resulting from climate change could never create a pathway into protected person jurisdiction. The authorities considered, however, that the author and his family had

¹⁶ Sul punto, J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford, 2014, p. 57.

¹⁷ Così, J. H. SENDUT, “Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations Under International Human Rights Law”, *EJIL: Talk!*, 6 febbraio 2020.

¹⁸ UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit., par. 4.6 e 9.3.

¹⁹ In tal senso, J.H. SENDUT, “Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations”, cit., p. 4; D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, L. RAJAMANI, *The Oxford Handbook*, cit., p. 321.

not established such a pathway»), il Comitato sottolinea, in primo luogo, come il ricorrente non abbia offerto prova dell'arbitrarietà, erroneità od ingiustizia della decisione interna. Ed osserva, in secondo luogo, come la situazione riscontrata nella Repubblica di Kiribati, quand'anche difficoltosa, non sia tale da costituire un rischio effettivo, individualizzato e ragionevolmente prevedibile per il diritto alla vita del sig. Teitiota e dei suoi familiari, sostanziandosi tutt'al più in un problema generalizzato. D'altra parte, le misure di adattamento già adottate al fine di contrastare le criticità esistenti e di *build resilience* nei confronti dei danni derivanti dal cambiamento climatico non mancano di essere citate quali esempi della diligenza usata al riguardo dallo Stato di Kiribati.

4. Il riconoscimento del divieto di *refoulement* in rapporto a condizioni legate al cambiamento climatico e riflessioni conclusive

Se è vero che i fatti esaminati non vengono considerati idonei a concludere che il respingimento del sig. Teitiota abbia violato i suoi diritti ai sensi dell'art. 6, due punti della decisione meritano di essere posti in risalto.

Anzitutto viene stabilito un principio di fondo: e cioè, che gli Stati contraenti del Patto sono tenuti, nei casi in cui sia in gioco un possibile respingimento verso certi Paesi, a verificare la situazione e i nuovi effetti legati al cambiamento climatico e, addirittura, all'innalzamento del livello del mare. In secondo luogo, il Comitato, allineandosi alla classificazione che si registra nel quadro internazionale di lotta al cambiamento climatico²⁰ (a sua volta facente riferimento a studi scientifici), non manca di richiamare le tipologie di eventi da quest'ultimo causati: i *sudden-onset events* (uragani e inondazioni, che hanno un impatto ovviamente immediato) e *slow-onset processes* (innalzamento del livello del mare, salinizzazione e degrado ambientale, che hanno un impatto graduale sulla vita delle popolazioni e le risorse naturali). Entrambe le tipologie di eventi condividono l'attitudine a causare movimenti transfrontalieri di persone in cerca di protezione rispetto ai danni da essi provocati; e in assenza di un efficace e massiccio intervento, tanto a

²⁰ Tale classificazione è stata introdotta dagli Accordi di Cancún, adottati nel 2010 nel quadro della *United Nations Framework Convention on Climate Change*. Si veda, in proposito, *Framework Convention on Climate Change, Conference of the Parties, Decision 1/CP.16, The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention*, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1 del 15 marzo 2011.

livello nazionale che internazionale, è proprio il loro verificarsi che viene individuato come causa di violazioni degli art. 6 e 7 del Patto²¹.

Ciò premesso, deve aggiungersi che il risultato così raggiunto risulta importante anche da un altro angolo visuale. Va infatti ricordato che nell'ordinamento internazionale non si rintracciano norme di carattere generale volte a regolare il fenomeno del c.d. *cross-border displacement*. Qualche tentativo è stato compiuto in dottrina, per la verità, richiamando a tal fine proprio le norme del diritto internazionale dei rifugiati. Con riferimento al diritto internazionale dei rifugiati, si è parlato – in relazione a contesti come quello che ci occupa – di *rifugiati climatici*. Tale espressione (ritenuta denigratoria dai cittadini delle isole del Pacifico²²), pur avendo il merito di descrivere efficacemente il fenomeno, non è tuttavia in grado di ricondurlo nell'ambito di applicazione della Convenzione del 1951. Basti pensare che, ai sensi dell'art. 1 di tale Convenzione, lo *status* di rifugiato può essere attribuito a colui che tema – a ragione – che nel proprio Paese possa essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche; e basti aggiungere che l'art. 33 sancisce a livello positivo il principio del *non-refoulement*, sottolineando come il rifugiato non possa essere espulso verso territori dove la sua vita o libertà sarebbero minacciati per i motivi di cui all'art. 1. Fra questi motivi non rientrano certo i rischi connessi al cambiamento climatico²³, visto che quest'ultimo, quand'anche originato dall'uomo, ha effetti che certamente non possono essere considerati discriminatori, né persecutori²⁴, malgrado alcuni autori avessero invocato la modifica della Convenzione, proprio per

²¹ UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit., par. 9.11

²² J. MCADAM, M. LOUGHRY, "We Aren't Refugees", *Inside Story*, 2009.

²³ Sul punto, oltre a J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit., anche M. SCOTT, *Finding Agency in Adversity: Applying the Refugee Convention in the Context of Disasters and Climate Change*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016; E. ALBRECHT, M.P. PLEWA, *International Recognition of Environmental Refugees*, in *Environmental Policy and Law*, 2015. Al contrario, spunti interessanti sono offerti dalla Convenzione dell'Organizzazione dell'Unità Africana che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa del 1969 e dalla Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati del 1984, adottata da alcuni paesi latino-americani, che – a differenza della Convenzione di Ginevra – includono tra i rifugiati anche coloro che sono stati *displaced* a causa di eventi legati a motivi di ordine pubblico.

²⁴ R. ECKERSLEY, *The common but differentiated responsibilities of States to assist and receive "climate refugees"*, in *European Journal of Political Theory*, 2015; H. ALEXANDER, J. SIMON, "Unable to Return" in the 1951 Refugee Convention: Stateless Refugees and Climate Change, in *Florida Journal of International Law*, 2014; C.M. KOZOLL, *Poisoning the Well: Persecution, the Environment, and Refugee Status*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 2004; J.B. COOPER, *Environmental Refugees: Meeting the Requirements of the Refugee Definition*, in *New York University Environmental Law Journal*, 1998.

includervi i rifugiati climatici²⁵. Per ovviare a tale “rigidità” delle norme in materia di rifugiati, il principio del *non-refoulement* ha in generale vissuto, nella prassi applicativa, un’interpretazione evolutiva, che ha consentito che esso trovasse applicazione in ogni caso in cui il rifugiato risulti sottoposto – nel suo Paese o, comunque, nel Paese verso il quale viene respinto – «a trattamenti che violino i principi fondamentali ed inalienabili della persona umana»²⁶. Si è, in proposito, parlato di *complementary protection* dei diritti dell’uomo rispetto alla protezione offerta dalla Convenzione sui rifugiati. È in questa direzione che sembra allora andare la decisione del Comitato. È infatti di tutta evidenza come l’erosione delle coste, le siccità e le inondazioni, i cicloni e l’innalzamento del livello degli oceani possano avere impatti devastanti non solo sull’agricoltura, sulle infrastrutture e sui servizi di un Paese quale la Repubblica di Kiribati, ma, più in generale, sulla possibilità di abitarvi, dato il rischio reale per il godimento di tali diritti umani fondamentali²⁷. Le conseguenze legate al cambiamento climatico, quindi, in caso di possibile impatto su diritti fondamentali di un individuo hanno la forza – come emerge dal caso *Teitoita c. Nuova Zelanda* – di comportare il sorgere della protezione complementare dei diritti dell’uomo rispetto ad un eventuale respingimento. Allo stato attuale va peraltro precisato che un simile regime tende a limitarsi al solo diritto alla vita – come pure emerge dal caso in questione – e al divieto di tortura o sottoposizione a pene o a trattamenti crudeli, disumani o degradanti²⁸. A questo riguardo, appare interessante notare come la pronuncia esaminata, in un certo senso, completi il cammino intrapreso dal Comitato nell’ambito del già citato *General Comment* n. 36, laddove lo stesso, come anticipato *supra*, aveva identificato, al par. 62, una relazione biunivoca tra gli obblighi in capo agli Stati in forza del diritto internazionale dell’ambiente ed il contenuto del diritto alla vita di cui all’art. 6 del Patto: il rispetto del diritto ad una vita dignitosa, infatti, dipende anche dalle misure adottate dagli Stati al fine di preservare l’ambiente naturale, assicurandone la protezione da danni, inquinamento e, soprattutto, dal cambiamento climatico.

²⁵ Tra i vari, V. KOLMANSKOG, L. TREBBI, *Climate change, natural disasters and displacement: a multi-track approach to filling the protection gaps*, in *International Review of the Red Cross*, 2010, p. 713.

²⁶ Su tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli, 2018, p. 254.

²⁷ Sul punto, Consiglio dei diritti umani, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/10/61 del 15 gennaio 2009.

²⁸ J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit., p. 53.

Proprio con specifico riferimento al diritto alla vita, vi è poi da svolgere un'ultima osservazione. Già prima della decisione in esame erano state infatti individuate²⁹ alcune condizioni per l'applicazione del divieto di *refoulement* in caso di disastri ambientali: (i) il rischio per la vita dev'essere attuale o imminente; (ii) il ricorrente deve trovarsi in una posizione "differenziata" rispetto alla generalità dei consociati; (iii) la contaminazione ambientale deve aver raggiunto, o verosimilmente raggiungerà, l'ambiente antropico; (iv) un rischio ipotetico non è sufficiente a costituire una violazione del diritto alla vita; (v) in assenza di minaccia concreta o imminente, mere questioni concernenti l'efficacia delle misure adottate a livello statale non risultano ammissibili.

Tali condizioni apparivano, tuttavia, di difficile applicazione rispetto agli eventi definiti *slower-onset impacts of climate change* (che avrebbero potuto relegare i rifugiati climatici, in ragione degli impatti più gradualmente e degenerativi del cambiamento climatico, al ruolo di migranti economici volontari, privi della protezione più facilmente riconoscibile invece alle vittime di *sudden-onset disasters*³⁰). Ebbene, al riguardo è opportuno ripetere quanto già posto in evidenza: e cioè, che il Comitato, nella decisione sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*, ha invece stabilito che tanto i *sudden-onset events* quanto i *slow-onset processes* sono egualmente idonei a fondare pretese legate al divieto di *refoulement*, dal momento che condizioni incompatibili con il diritto ad una vita dignitosa (il cui rispetto, come ricordato, al paragrafo 62 del suddetto *General Comment*, dipende, *inter alia*, dall'attuazione di misure finalizzate a preservare l'ambiente) potrebbero realizzarsi ben prima che un evento catastrofico abbia a verificarsi, ferma restando – beninteso – la sussistenza di un rischio *effettivo, individualizzato e ragionevolmente prevedibile* per il diritto alla vita.

Infine, proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, va qui citata l'opinione dissenziente di Duncan Laki Muhumuza³¹, secondo cui, al contrario, il sig. Teitiota, nel fare ritorno a Kiribati, si sarebbe effettivamente trovato esposto ad un rischio di tal genere. A tal proposito, la *individual opinion* in esame risulta interessante sotto due profili. In primo luogo, Muhumuza, dopo aver analizzato la situazione a Kiribati dal punto di vista fattuale, si concentra sul contenuto del diritto ad una vita dignitosa, che si sostanzia nel godimento di una vita libera da atti od omissioni che possano causare una

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ W. KÄLIN, N. SCHREPFER, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change: Normative Gaps and Possible Approaches*, Swiss Ministry of Foreign Affairs, 2011.

³¹ UN Doc. CCPR/C/127/D/2728/2016, cit.

morte non naturale o comunque prematura. Sarebbe dunque proprio il riconoscimento di tale diritto a richiedere che gli Stati proteggano l'ambiente da degrado, inquinamento e cambiamento climatico. Tuttavia, sempre secondo Muhumuza, la situazione a Kiribati sarebbe radicalmente incompatibile con gli «standards of dignity» (cfr. par. 6) riconosciuti ai sensi del Patto. In secondo luogo, la soglia rilevante per ritenere integrato, ai fini del *non-refoulement*, il rischio per il diritto alla vita (che, come ricordato, deve essere *effettivo, individualizzato e ragionevolmente prevedibile*) sarebbe, totalmente irragionevole, così come concepita dal Comitato. Invero, sarebbe del tutto «counterintuitive to the protection of life» (cfr. par. 5) attendere che le morti dovute al cambiamento climatico avvengano con regolarità, per considerare soddisfatto il *threshold* richiesto dal Comitato. E ciò, a maggior ragione, nella misura in cui – secondo la maggioranza del Comitato – non è in ogni caso necessario che, per ritenere integrata una violazione dell'art. 6 del Patto, la minaccia alla vita si traduca in una perdita effettiva della medesima.

COVID-19 e detenzione amministrativa di migranti

ANTONIO MARCHESI*

SOMMARIO: 1. Doppia vulnerabilità e irrealizzabilità dello scopo della detenzione. – 2. Interventi normativi. – 3. Sviluppi giudiziari. – 4. Inviti ad adottare misure più incisive. – 5. Il principio di proporzionalità. – 6. In conclusione.

ABSTRACT: La detenzione amministrativa dei migranti irregolarmente presenti sul territorio statale è da considerare una misura del tutto eccezionale, consentita solo in quanto necessaria e proporzionale allo scopo legittimo per la quale è disposta, ovvero il rimpatrio forzato degli stessi. Inoltre, come è stato chiarito dal Tribunale di Roma, occorre effettuare un bilanciamento tra la privazione della libertà e «il diritto alla salute costituzionalmente e convenzionalmente garantito ad ogni persona comunque presente sul territorio». Nell'attuale situazione pandemica lo scopo per il quale le misure di privazione della libertà sono disposte è difficilmente realizzabile e queste comportano un rischio elevato di contagio. Meritano di essere accolti, pertanto, gli inviti, numerosi e autorevoli, a limitare drasticamente la detenzione amministrativa di migranti.

PAROLE CHIAVE: Detenzione – migranti – salute – COVID-19 – proporzionalità – rimpatri.

1. Doppia vulnerabilità e irrealizzabilità dello scopo della detenzione

L'affermazione, ripetuta spesso a partire dall'inizio della pandemia del COVID-19, secondo la quale il virus sarebbe “democratico” è vera soltanto se la s'interpreta nel senso che chiunque, almeno in teoria, può contrarre la malattia. Non lo è, invece, se si fa riferimento alla possibilità concreta di essere contagiati (che non è la stessa per tutti, variando, e di molto, a seconda delle condizioni di vita). E non lo è neppure se la s'intende nel senso che gli effetti che produce sono uguali per tutti (essendo generalmente più gravi, com'è noto, oltre che per le persone anziane, per coloro che abbiano determinate patologie pregresse). Le persone private della libertà personale sono più vulnerabili di fronte al COVID-19 da entrambi questi punti di vista: da una parte, le loro condizioni di salute sono peggiori, in media, rispetto a quelle della popolazione in generale; dall'altra, vivono, inevitabilmente, in condizioni di prossimità con numerose altre persone¹.

* Professore associato di Diritto internazionale, Università di Teramo, amarchesi@unite.it.

¹ La doppia vulnerabilità dei detenuti di fronte al COVID-19 è stata sottolineata, fra i tanti, da Penal Reform International, *Coronavirus: Healthcare and human rights of people in prison*, Briefing note del 16 marzo 2020, p. 4.

Se poi prendiamo in considerazione le persone straniere in detenzione amministrativa, queste affrontano una criticità ulteriore, costituita dall'irrealizzabilità, per un tempo che rischia di essere lungo – più lungo della durata massima consentita della loro privazione della libertà – del fine per il quale questa è disposta, ovvero il rimpatrio forzato (se non altro a causa della sospensione dei voli verso gli Stati di origine). Come ha osservato il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL), il periodo trascorso dai migranti in detenzione amministrativa «rischia di essere una sottrazione di tempo e libertà, oltre che una esposizione accentuata al pericolo di contagio, conseguente a nulla e destinato a nulla»².

2. Interventi normativi

La situazione dei migranti nei Centri di permanenza per i rimpatri (CPR) non è stata oggetto, in Italia, di alcun provvedimento modificativo di norme preesistenti. Le misure disposte – dagli accorgimenti di carattere igienico-sanitario all'acquisto di dispositivi di protezione individuale – si sono limitate, in sostanza, alla profilassi prevista per tutta la popolazione³. Alcune di queste, peraltro, come l'isolamento precauzionale o il distanziamento, sono difficilmente attuabili nel contesto di un CPR.

Altrove è stato fatto di più. In Spagna, ad esempio, è stata vagliata la posizione di tutti i migranti ospitati nei centri Zona franca di Barcellona e Aluche di Madrid per verificare l'eventuale mancanza del presupposto – la rimpatriabilità – di legittimità del trattenimento⁴. In Belgio sono state rilasciate circa 300 persone, non essendo stato possibile garantire il distanziamento richiesto per prevenire il contagio. Nel Regno Unito, invece, è stato deciso il rilascio di oltre 300 persone considerate maggiormente a rischio di contrarre l'infezione e si è altresì deciso di procedere, come in Spagna, a una revisione della situazione di tutti i migranti detenuti. È stato inoltre vietato il trattenimento di persone passibili di un provvedimento di rimpatrio verso un nutrito gruppo di Paesi specifici⁵.

² Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale (GNPL), *Bollettino n. 10*, 24 marzo 2020.

³ GNPL, *Bollettino n. 11*, 25 marzo 2020.

⁴ GNPL, *Bollettino n. 8*, 20 marzo 2020.

⁵ GNPL, *Bollettino n. 15*, 31 marzo 2020.

3. Sviluppi giudiziari

Sia in Italia che in altri Paesi la questione della detenzione amministrativa di migranti in tempi di coronavirus è stata oggetto di provvedimenti giudiziari. Il Tribunale di Roma non ha convalidato il trattenimento di un migrante ospite nel CPR di Ponte Galeria, argomentando sulla base della necessità di operare un bilanciamento tra «le norme contro l'immigrazione clandestina e limitative della libertà personale», da una parte, e «il diritto alla salute costituzionalmente e convenzionalmente garantito ad ogni persona comunque presente sul territorio», dall'altro, aggiungendo che «le disposizioni limitative degli spostamenti dal territorio nazionale, impedirebbero, comunque, il rimpatrio del richiedente e l'esecuzione del provvedimento di espulsione»⁶. In Francia, della questione è stato investito il Consiglio di Stato che ha tuttavia respinto, con motivazioni a nostro avviso discutibili, un'azione legale finalizzata alla chiusura dei centri. Il giudice amministrativo francese ha rigettato l'argomento fondato sulla tutela della salute sulla base della considerazione che le persone presenti nei centri erano poche, che era stato distribuito materiale per l'igiene, e che attenzione adeguata sarebbe stata posta alla questione dei nuovi ingressi. Quanto al venire meno del presupposto di legittimità, l'argomento è stato liquidato sulla base di notizie, comunicate dalle autorità competenti, dell'avvenuta effettuazione di alcune operazioni di rimpatrio anche a pandemia iniziata⁷.

4. Inviti ad adottare misure più incisive

Le voci che hanno chiesto alle autorità statali di introdurre, oltre a misure di ordinaria profilassi, misure di esclusione o di limitazione significativa della detenzione amministrativa dei migranti sono numerose e autorevoli. L'Alto commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, Michelle Bachelet, ha esortato i governi «to work quickly to reduce the number of people in detention»⁸. La sua omologa in seno al Consiglio d'Europa, Dunja Mijatović, è stata ancora più esplicita: «I call on all Council of Europe member states to review the situation of rejected asylum seekers and irregular migrants in

⁶ Trib. Roma, decreto del 18 marzo 2020, n. 15892; si veda anche Trib. Roma, decreto del 27 marzo 2020, n. 16573, in cui si fa ampio riferimento all'invito a limitare la detenzione di migranti formulato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa.

⁷ Consiglio di Stato francese, ordinanza del 27 marzo 2020, n. 439720, *Gisti e altri*.

⁸ Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Urgent action needed to prevent COVID-19 rampaging through places of detention*, 25 marzo 2020.

immigration detention, and to release them to the maximum extent possible [...]. The authorities of member states should also refrain from issuing new detention orders to persons who are unlikely to be removed in the near future»⁹. In Italia, il GNPL ha sollecitato «un immediato cambio di passo con l'assunzione di scelte lungimiranti, anche inedite ma pienamente legittime e doverose»¹⁰. La richiesta al Governo italiano di fermare i nuovi ingressi nei centri e di rimettere in libertà le persone la cui detenzione è presumibilmente destinata a scadere prima del ripristino dei normali collegamenti aerei è arrivata anche dalle organizzazioni della società civile riunite nel Tavolo asilo¹¹.

5. Il principio di proporzionalità

Questi inviti, oltre a essere ragionevoli, sono giuridicamente motivati. La detenzione costituisce un'eccezione al diritto internazionalmente riconosciuto alla libertà personale e nell'ipotesi che stiamo considerando, estranea all'ambito penale, è da considerarsi, se possibile, una misura da adottare in via ancora più eccezionale¹². Ancora una volta nelle parole del GNPL, può essere «disposta e mantenuta solo se necessaria e proporzionata allo scopo legittimo per cui è stata adottata»¹³.

Nel contesto odierno, una valutazione di proporzionalità comporta che sul piatto della bilancia vengano messi non solo, come normalmente avviene,

⁹ Consiglio d'Europa, Commissario per i diritti umani, *Commissioner calls for release of immigration detainees while COVID-19 crisis continues*, 26 marzo 2020.

¹⁰ GNPL, *Bollettino n. 7*, 19 marzo 2020.

¹¹ Tavolo asilo, *Le proposte del Tavolo Asilo Nazionale sull'emergenza sanitaria e i provvedimenti che riguardano gli stranieri* del 25 marzo 2020, www.centroastalli.it.

¹² In base a Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria delle Nazioni Unite, *Revised deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants* del 7 febbraio 2018, par. 12, «[a]ny form of administrative detention or custody in the context of migration must be applied as an exceptional measure of last resort, for the shortest period and only if justified by a legitimate purpose» (Consiglio dei diritti umani, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, UN Doc.A/HRC/39/45 del 2 luglio 2000, p. 32).

¹³ GNPL, *Norme e normalità. Standard per la privazione della libertà delle persone migranti. Raccolta delle Raccomandazioni* del 2016-2018. Sul principio di proporzionalità quale principio generale del diritto internazionale si veda per tutti E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 2018. Sulla proporzionalità nell'ambito della protezione internazionale dei diritti umani si veda J. SIEKMANN, *Proportionality as a Universal Human Rights Principle*, in D. DUARTE, J. SILVA SAMPAIO (eds), *Proportionality in Law*, Cham, 2018. Infine, sulla proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti umani, si veda per tutti E. CANNIZZARO, F. DE VITTOR, *Proportionality in the European Convention on Human Rights*, in R. KOLB, G. GAGGIOLI (eds), *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Cheltenham, 2013.

il diritto alla libertà personale, da una parte, e la contrapposta esigenza di allontanare chi non ha diritto di restare sul territorio, dall'altra. Vanno considerati, altresì, l'interesse collettivo a contenere il contagio e i diritti individuali della persona, a cominciare dal diritto alla salute e da quello a non subire trattamenti inumani o degradanti, che non subiscono attenuazioni di sorta per coloro che sono privati della libertà.

Nel suo *Statement of Principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease*, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura (CEPT) ha invitato a «evitare per quanto possibile la detenzione di migranti» motivando l'invito sulla base dell'imperativo della tutela della salute¹⁴. Il GNPL, da parte sua, ha ricordato come «una misura, pur legalmente disposta, può comportare problemi di compatibilità riguardo alle modalità della sua esecuzione rispetto all'articolo 3 della Convenzione europea per i diritti umani»¹⁵. Non è escluso, in altre parole, che il mantenimento di una misura di privazione della libertà in presenza di un rischio sanitario possa costituire, oltre a una violazione del diritto alla tutela della salute, un trattamento inumano e degradante (che, com'è noto, è nozione variabile, da valutare in concreto alla luce di tutte le circostanze del caso).

Il principio di proporzionalità va peraltro inteso anche nel senso funzionale accennato sopra. Come ha ribadito l'Alto commissario del Consiglio d'Europa, «[u]nder human rights law, immigration detention for the purpose of such returns can only be lawful as long as it is feasible that return can indeed take place» (aggiungendo che «[t]his prospect is clearly not in sight in many cases at the moment»). E secondo gli *Standard* per la privazione della libertà delle persone migranti, adottati di recente dal GNPL italiano, «[i]n assenza di una prospettiva ragionevole di raggiungimento di uno scopo legittimo, la detenzione deve considerarsi arbitraria»¹⁶. A chiudere poi il discorso, se mai ve ne fosse bisogno, è la Direttiva n. 115 del 2008, che disciplina i rimpatri dagli Stati membri dell'Unione europea e che stabilisce in termini inequivocabili che, «[q]uando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento [...], il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata»¹⁷.

¹⁴ Consiglio d'Europa, Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o punizioni inumani o degradanti, *Statement of Principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease*, 20 marzo 2020.

¹⁵ GNPL, *Bollettino n. 7*, 19 marzo 2020.

¹⁶ GNPL, *Standard per la privazione della libertà*, cit.

¹⁷ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di

6. In conclusione

In breve, se è il rispetto del principio di proporzionalità a rendere legittima, in deroga a un diritto internazionalmente riconosciuto, la privazione della libertà personale, nella situazione attuale, con riferimento alla condizione delle persone straniere detenute nei CPR, la proporzionalità, a nostro avviso, è venuta meno. I rischi per la salute (ed eventualmente per la vita) dei detenuti e l'irrealizzabilità del fine in vista del quale sono privati della libertà fanno pendere il piatto della bilancia nel senso del rilascio, se non di tutti, perlomeno di una parte significativa delle persone trattenute. C'è dunque da augurarsi che le richieste in tal senso vengano accolte. La circostanza che, in questo caso, una situazione eccezionale imponga l'ampliamento di un diritto, limitando la portata delle eccezioni – anziché permettere, come spesso avviene, di estendere le eccezioni, restringendo la portata del diritto –, non può che rafforzare questo convincimento.

paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, art. 15, par. 4. Sulla direttiva “rimpatri” si veda I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and its Compatibility with International Human Rights Law*, Leiden-Boston, 2019.

L'Italia non è più un *place of safety* per i migranti durante la pandemia di COVID-19: analisi critica di un provvedimento discutibile

FRANCESCO MUNARI*

SOMMARIO: 1. Il decreto interministeriale del 7 aprile 2020, n. 150. – 2. Le perplessità suscitate dal decreto: una fonte inadeguata allo scopo che apparentemente si propone di raggiungere. – 3. (*Segue*): il decreto assume un ambito di operatività della Convenzione SAR non corrispondente a quanto previsto a livello internazionale. – 4. Le specificità del Mediterraneo rispetto all'applicazione della Convenzione di Amburgo, in particolare scaturenti dalla situazione della Libia. – 5. Altre perplessità di merito contenute nel decreto in esame: una narrazione non persuasiva dei rischi di contagio dai o per i migranti. – 6. L'applicazione in concreto del provvedimento: l'esperienza delle c.d. navi quarantena. – 7. Considerazioni conclusive: il decreto come messaggio “trasversale” nei confronti delle ONG?

ABSTRACT: L'articolo esamina il decreto interministeriale adottato in piena emergenza pandemica nel quale, sorprendentemente, si dichiara che l'Italia non è un luogo sicuro per lo sbarco di naufraghi (*i.e.*, migranti) recuperati al di fuori dalla zona SAR italiana da navi straniere. L'autore mette in luce le criticità di metodo e di merito del decreto, che da un lato non può operare una sospensione unilaterale di obblighi internazionali ratificati con legge dall'Italia; dall'altro lato, assume la vigenza di tali obblighi probabilmente ben oltre quanto in effetti previsto dalla Convenzione di Amburgo, anche considerando le peculiarità delle posizioni assunte da Malta e Libia in relazione alla Convenzione SAR. Non persuade, inoltre, l'assunto secondo cui l'Italia non sarebbe un luogo sicuro, tenuto conto delle conseguenti disparità di trattamento a seconda che naufraghi siano soccorsi, o meno, da navi italiane o in zona SAR italiana. Esclusa l'applicazione della Convenzione SAR nei termini assunti dal decreto interministeriale, l'articolo si sofferma sulla “zona grigia” che si è determinata nel Mediterraneo a causa delle incertezze normative e della mancata assunzione dei rilevanti obblighi di diritto internazionale da parte degli Stati di bandiera delle navi delle ONG che recuperano i migranti, offrendo qualche esempio di applicazione concreta anche in relazione al fenomeno delle “navi quarantena”. In conclusione, si propone una lettura – sempre critica ma quanto meno più pragmatica – della disciplina in commento, in sostanza quale “avvertimento preventivo” per le ONG e gli Stati di bandiera delle loro navi (specie se membri dell'Unione) a ridurre gli sbarchi sulle coste italiane.

PAROLE CHIAVE: COVID-19 – Convenzione SAR – migranti via mare – luogo sicuro – POS – ONG

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova, francesco.munari@unige.it. L'autore ringrazia Mario Barbano, dottorando di ricerca nell'Università di Genova, per l'aiuto prestato nell'attività di *editing*.

1. Il decreto interministeriale del 7 aprile 2020, n. 150

Nell'ambito dei copiosi provvedimenti promulgati nella fase emergenziale della pandemia, il 7 aprile 2020 è stato adottato il decreto interministeriale n. 150/2020¹, nel quale si sancisce che, per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dal COVID-19², i porti italiani non assicurano i «necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (luogo sicuro)» ai sensi della Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio in mare (Convenzione SAR o Convenzione di Amburgo)³, limitatamente, tuttavia, ai casi di soccorso effettuati da parte di navi straniere al di fuori dell'area SAR italiana.

Si tratta di un decreto quanto meno insolito, che merita alcune riflessioni⁴. A tale fine, giova innanzitutto ripercorrere l'*iter* motivazionale sulla

¹ Decr. intermin. del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministero dell'interno e il Ministero della salute del 7 aprile 2020, n. 150, www.immigrazione.biz.

² Il periodo di emergenza è stato dichiarato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, inizialmente per un periodo di sei mesi, ripetutamente prorogato. Al momento in cui il presente articolo è consegnato all'editore, la proroga è stabilita fino al 31 luglio 2021 (cfr. d.l. 22 aprile 2021, n. 52, art. 10, co. 1, conv. con modif. dalla legge 17 giugno 2021, n. 87).

³ Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio in mare del 1979.

⁴ Il decreto in esame è stato oggetto di numerose prese di posizione in dottrina; quanto ai commenti in lingua italiana, si vedano: M. ADDIS, *COVID-19 e immigrazione: la sospensione di un "porto sicuro" nel bilanciamento normativo*, in *Diritto e storia*, 2019, n. 17; A. ALGOSTINO, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Questione Giustizia*, 21 aprile 2020; C. CORSI, *Migranti e immigrati di fronte all'emergenza coronavirus: tra vecchie e nuove fragilità*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 922 ss.; M. COTTONE, "COVID-19: 'parziale' chiusura dei porti italiani alle operazioni di soccorso Sar", *The MediTelegraph*, 7 maggio 2020; C. DANISI, *La nozione di "place of safety" e l'applicazione di garanzie procedurali a tutela dell'individuo soccorso in mare*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 395 ss.; L. GENNARI *et al.*, "Dopo lo sbarco: la filiera del trattenimento dentro e oltre la pandemia", *Border Criminologies Blog*, 8 giugno 2021; L. LO VERDE, "Le 'Navi Quarantena': una misura temporanea o un nuovo approccio oltre l'emergenza?", *Border Criminologies Blog*, 9 giugno 2021; L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante di soccorrere i naufraghi e il diritto a un porto di rifugio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, pp. 691-728; L. MASERA, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *Questione giustizia*, 15 giugno 2021; F.P. MODUGNO, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del COVID-19*, in *Giurisprudenza penale*, 23 aprile 2020; A.M. PELLICONI, M. GOLDONI, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del decreto interministeriale 150/2020*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 219 ss.; A. PITINO, *Controllo delle frontiere italiane e immigrazione nell'emergenza sanitaria COVID-19: tra soft law dell'Unione europea e misure nazionali*, in *Corti supreme e salute*, 2021, p. 1 ss.; G. SANTOMAURO, *Sicurezza e frontiere: le politiche migratorie nell'emergenza europea e italiana*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 222 ss.; G. QUILGHINI, *La sicurezza in mare. Stratificazione delle fonti internazionali*, in *Quaderno della Rivista trimestrale della*

base del quale i Ministri che hanno adottato il provvedimento ne giustificano la parte dispositiva, e cioè questa sorta di “autosospensione” dell’Italia dalla Convenzione SAR apparentemente motivata dalla pandemia.

Segnatamente, dopo una serie di richiami alle disposizioni adottate in via generale per fronteggiare il contagio, il decreto dà atto di una serie di elementi di fatto, quali (a) una complessiva situazione di “criticità” del sistema sanitario a causa dell’emergenza COVID-19, idonea a mettere in dubbio la capacità del sistema di far fronte anche a richieste di *Place of Safety* (POS) ai sensi della Convenzione SAR; (b) la circostanza che, tra le persone eventualmente soccorse, «non può escludersi la presenza di contagio COVID-19», ciò richiedendo quindi trattamenti specifici sul territorio; (c) la necessità di garantire l’applicazione delle misure adottate per il contenimento del virus, la cui efficacia (implicitamente) potrebbe essere messa in pericolo dallo sbarco di migranti sulle nostre coste; (d) l’esigenza, in tal senso, di adottare misure nei confronti delle navi straniere le quali hanno soccorso naufraghi fuori della zona SAR italiana, dando atto che le relative attività SAR possono essere svolte dai rispettivi Stati di bandiera⁵.

Sulla base di tali premesse, il decreto provvede, quindi, a stabilire unilateralmente che i porti italiani non possono essere considerati un POS «in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo», quando il soccorso in mare di persone in pericolo sia avvenuto fuori della zona SAR italiana da parte di navi non italiane⁶.

Scuola di perfezionamento per le Forze di polizia, p. 43 ss., spec. p. 59; A. SCIURBA, *Diritti individuali vs. scopi collettivi? I provvedimenti italiani in materia di immigrazione al tempo della pandemia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2020, p. 213 ss.; M. TUOZZO, *I percorsi migratori e la pandemia: come cambiano le emergenze*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 56 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, “Il governo italiano si nasconde dietro le responsabilità di Malta: ma gli accordi di abbandono in mare e la politica dei porti chiusi nascono a Roma”, *ADIF Blog*, 29 maggio 2020. Per la dottrina in lingua inglese, cfr. M. CREBELLI, *COVID-19 and Its Impact in the United States and European Union: A Tool to Circumvent Refugee Protection?*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2020, p. 27 ss.; A. FARAHAT, N. MARKARD, *Closed Ports, Dubious Partners: The European Policy of Outsourcing Responsibility – Study update*, Heinrich-Böll Foundation, maggio 2020; S. NICOLOSI, “Non-refoulement During a Health Emergency”, *EJIL:Talk!*, 14 maggio 2020; A.M. PELLICONI, “COVID-19: Italy is not a “place of safety” anymore. Is the decision to close Italian ports compliant with human rights obligations?”, *EJIL:Talk!*, 23 aprile 2020.

⁵ Cfr. decr. intermin. n. 150/2020, cit., premesse a p. 2.

⁶ Ivi, art. 1.

2. Le perplessità suscitate dal decreto: una fonte inadeguata allo scopo che apparentemente si propone di raggiungere

Alla luce dei contenuti sopra delineati, il decreto in esame suscita più di una perplessità.

La prima di queste risiede nel metodo: al di là di quanto si dirà a breve circa l'ambito di applicazione della SAR, non pare che uno Stato aderente a una convenzione internazionale possa unilateralmente limitarne la portata senza assumere precise iniziative sul piano internazionale nei confronti degli altri Stati contraenti⁷. E non risultano comunicazioni di alcun tipo del nostro Governo presso l'Organizzazione marittima internazionale (IMO), la quale, com'è noto, svolge la funzione di Segretariato della Convenzione di Amburgo.

Sul piano del diritto interno, poi, è quanto meno dubbio che una fonte di rango secondario, quale è un decreto interministeriale, possa modificare o rendere anche temporaneamente inefficace la fonte mediante la quale il nostro ordinamento ha provveduto all'adattamento della Convenzione di Amburgo, e cioè la legge di autorizzazione alla ratifica⁸. Pertanto, il decreto in esame, nonostante la pretesa di avere rilievo internazionale, *i.e.* interstatale, in quanto volto a incidere sull'applicazione di un trattato, non viene veicolato nelle sedi all'uopo deputate, né viene assunto con le forme che, dal punto di vista del sistema delle fonti⁹, dovrebbero essere rispettate in ipotesi quali quella ipotizzata nel decreto.

Sicché, e in prima battuta, è ragionevole interrogarsi sulla legittimità del decreto, ad onta del rigetto pronunciato dal TAR Lazio rispetto alla richiesta di sospensiva immediata formulata da una ONG pochi giorni dopo la sua entrata in vigore¹⁰. Ad avviso di chi scrive, questa pronuncia risulta fortemente condizionata dalla situazione di complessiva incertezza del primo

⁷ Sul punto, cfr. S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti e il diritto dei trattati*, in AA.VV. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, V ed., Torino, 2016, pp. 91-129, spec. p. 117 ss.; G. ZICARDI CAPALDO, *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, Napoli, 1983.

⁸ Cfr. l. 3 aprile 1989, n. 147, recante "Adesione alla convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, con annesso, adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, e sua esecuzione".

⁹ Per una ricostruzione della teoria delle fonti in una prospettiva sia costituzionale che unionale, si rinvia a R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019.

¹⁰ Cfr. TAR Lazio, ordinanza del 22 maggio 2020, n. 3934. Il ricorso è stato poi dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione attiva con sentenza del 7 ottobre 2020, n. 10152, senza una pronuncia sul merito del decreto.

periodo dell'emergenza COVID-19, con conseguente “sospensione di giudizio” non solo rispetto a fattispecie come quella qui in esame¹¹.

Detto questo, resta comunque fortemente anomala la scelta compiuta con tale decreto dal punto di vista del sistema delle fonti: peraltro, e come vedremo, la circostanza forse non è casuale, elemento, quest'ultimo, che aggrava ulteriormente la sensazione di disagio rispetto al provvedimento in esame¹².

3. (*Segue*): il decreto assume un ambito di operatività della Convenzione SAR non corrispondente a quanto previsto a livello internazionale

Se si passa ad esaminare il decreto nel merito, poi, sono numerosi profili eufemisticamente problematici.

Il primo di essi concerne una preoccupante confusione sull'applicazione della SAR da parte del nostro Governo: ad essa possono aver forse contribuito provvedimenti dei nostri giudici non esenti da imprecisioni – se non veri e propri errori – sia sugli obblighi dell'Italia (e al suo interno, delle diverse amministrazioni competenti) sulle condizioni in presenza delle quali essa possa/debba fornire un POS a unità delle ONG con migranti a bordo, sia sull'esistenza di “doveri” in capo al comandante di quelle navi comunque di entrare nei porti italiani anche contravvenendo a provvedimenti adottati dalle autorità italiane¹³. Nondimeno, ciò non esime il Governo e i ministeri

¹¹ Per un'analisi critica della legislazione emergenziale, cfr. M. BELETTI, *La “confusione” nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da COVID-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 174 ss.; A. SIMONI, *Limiting Freedom During the COVID-19 Emergency in Italy: Short Notes on the New “Populist Rule of Law”*, in *Global Jurist*, 2020, p. 1 ss.

¹² Cfr. Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *ASGI chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020*, comunicato stampa del 15 aprile 2020, spec. p. 3.

¹³ Cfr. Cass. Pen., sez. III, ordinanza del 20 febbraio 2020, n. 6626 (è il noto caso sulla Comandante Carola Rackete), in *Il Diritto Marittimo*, 2020, p. 465 ss.; nonché Trib. Roma, Collegio per i reati ministeriali, 21 novembre 2019 (riguardante la nave *Alan Kurdi*), *ibidem*, p. 531 ss.; e ancora GIP Ragusa, decreto del 16 aprile 2018, relativa alla nave *Open Arms*, in www.questionegiustizia.it, con nota di M. PATARNELLO, *Dissequestrata la nave Open Arms: soccorrere i migranti non è reato*, 19 aprile 2018. Per un'analisi di questa giurisprudenza sia consentito il rinvio a F. MUNARI, *Migrazioni, SAR, ruolo e responsabilità delle ONG, degli Stati e dei funzionari delle competenti amministrazioni nella recente giurisprudenza italiana*, in *Il diritto marittimo*, 2020, p. 328 ss.; nonché L. MAGI, *L'obbligo internazionale del comandante*, cit., p. 691 ss., ambedue anche per riferimenti.

competenti a fornire una corretta qualificazione della fattispecie sul piano internazionale.

E così, va innanzitutto precisato che uno Stato membro della SAR non ha alcun obbligo di fornire un POS quando il soccorso avviene fuori dalla propria zona SAR, salve circostanze particolari, quali (i) l'accordo con lo Stato che sarebbe altrimenti competente; (ii) l'assunzione volontaria della funzione di *Rescue Coordinating Centre* (RCC) ai sensi della Convenzione e del Manuale IAMSAR¹⁴; ovvero (iii) situazioni emergenziali ai sensi del par. 3.1 del predetto Manuale IAMSAR, nelle quali il comandante di una nave, tenuto a rivolgersi innanzitutto all'RCC nella cui zona SAR il soccorso è avvenuto, può, in gradato subordine, chiedere un POS allo Stato costiero più vicino, poi a quello che può essere raggiunto, e, qualora nessuno di questi risponda positivamente, inviare un messaggio diretto ad «any communication facility»¹⁵.

Va dato atto che, nell'ottica di garantire la massima tutela della vita delle persone in pericolo in mare, si può anche interpretare in modo ampio il novero dei casi dei quali lo Stato dovrebbe comunque indicare un POS a un'unità soccorritrice, pur al di fuori delle ipotesi previste dalla SAR. Il che, tuttavia, non corrisponde all'esistenza di un vincolo internazionale imposto dalla Convenzione di Amburgo.

Ciò premesso, se lo Stato non è quello in cui si trova il RCC competente, perché il soccorso non è avvenuto in propria zona SAR, questi – e quindi, nel nostro caso, l'Italia – deve agire, al più, come *First RCC* ai sensi del par. 2.25.1 del Manuale IAMSAR, e cioè assumere provvisoriamente il coordinamento del (mero) soccorso, per poi passare appena possibile la gestione dello stesso (e l'individuazione del POS) al RCC dello Stato competente¹⁶.

Come si osservava, *va sans dire* che – quale *First RCC* o anche quale Stato che, ricevuta una richiesta di aiuto da qualunque nave soccorritrice, ovunque essa si trovi, abbia deciso di assumersi il coordinamento delle operazioni – l'Italia può fornire un POS anche ben oltre gli obblighi convenzionalmente assunti. Ma trattasi di una *scelta volontaria* (e a volte doverosa), non di un *obbligo internazionale* scaturente dalla Convenzione di Amburgo¹⁷.

¹⁴ IMO-ICAO, *International Aeronautical and Maritime Search and Rescue Manual* (IAMSAR), www.imo.org. Per comodità, nel presente lavoro faremo riferimento all'edizione 2016, emendata nel 2019 ma senza alcuna modifica sostanziale.

¹⁵ Ivi, vol. III, par. 3.1.

¹⁶ Ivi, vol. II, par. 2.25.1.

¹⁷ In questo senso, non mi paiono persuasive proposte di ricostruzione dell'istituto del POS volte ad assumere che in qualunque situazione uno Stato sia tenuto a fornirlo, alla luce di obblighi di diritto internazionale consuetudinario (v. C. DANISI, *La nozione di "place of*

Fuori dall'ipotesi – che affronteremo a breve – in cui si voglia leggere tra le righe del decreto un messaggio subliminale volto a “segnalare” la futura indisponibilità dell'Italia a fare di più sull'accoglienza dei migranti rispetto agli obblighi internazionalmente assunti, il quadro sopra delineato relativo alla lineare applicazione della SAR renderebbe sostanzialmente inutile e, anzi, sorprendente il decreto medesimo. Infatti, come osservato poc'anzi, sono davvero pochi i casi in cui, per soccorsi avvenuti fuori dalla propria zona SAR, uno Stato è comunque obbligato a fornire un POS.

4. Le specificità del Mediterraneo rispetto all'applicazione della Convenzione di Amburgo, in particolare scaturenti dalla situazione della Libia

Ciò posto, per quanto concerne il Mediterraneo è notorio che il quadro giuridico internazionale relativo alle operazioni di *search and rescue* sia complicato da due elementi: il primo è la mancata accettazione, da parte di Malta, delle modifiche alla Convenzione SAR varate in sede IMO nel 2004, e in vigore dal 2006, nell'ambito delle quali è stato appunto introdotto un nuovo *Chapter 3.1.9* che dispone l'obbligo di fornire un POS da parte dello Stato nella cui zona SAR è avvenuto il soccorso. Malta, quindi, non è formalmente gravata da obblighi internazionali al riguardo quale Stato contraente della SAR, e in effetti usa questa sua posizione al fine di negoziare discrezionalmente con gli altri Stati interessati la fornitura di un POS, anche quando il soccorso è avvenuto in zona SAR maltese¹⁸.

La seconda complessità deriva dalla circostanza secondo cui, per ragioni di fatto, ma anche per precise (e ormai pacificamente condivise) prese di posizione del Consiglio delle Nazioni Unite sui diritti umani, la Libia non è in grado di fornire alcun POS, a causa delle note situazioni critiche nelle quali versa il controllo del suo territorio e il rispetto al suo interno dei diritti fondamentali delle persone¹⁹. E questo benché dal luglio 2018 la Libia abbia

safety”, cit.), tra l'altro perché – come si dirà in appresso – esse appaiono smentite da norme scritte di natura convenzionale, ma anche da una prassi di segno diverso posta in essere dagli Stati.

¹⁸ Sul punto, cfr. A. FARAHAT, N. MARKARD, *Places of Safety in the Mediterranean: The EU's Policy of Outsourcing Responsibility*, Heinrich-Böll Foundation, febbraio 2020, spec. p. 14 ss.

¹⁹ Alto Commissariato delle Nazioni Unite sui Rifugiati (ACNUR), *UNHCR Position on Returns to Libya* del settembre 2018. Si vedano anche i seguenti rapporti: Alto Commissariato delle Nazioni Unite sui Rifugiati: *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya* del dicembre 2018; *'Lethal Disregard': Search and rescue*

ufficialmente e formalmente istituito la propria zona SAR²⁰, e non abbia mai più mutato la propria posizione in sede IMO (salva, come vedremo, una più recente novità di cui scriveremo a breve).

Ambedue queste complicazioni, peraltro, non modificano l'ambito degli obblighi dell'Italia quale parte contraente la SAR.

Non nel caso di Malta, perché in questa ipotesi comunque la SAR non impone certo all'Italia di sopperire alla mancata adesione di Malta rispetto all'obbligo di fornire un POS: tanto è vero che, di prassi, il luogo di sbarco di migranti soccorsi in zona SAR maltese è oggetto di negoziati – anche tesi – coinvolgenti pure l'Italia, cui spesso partecipano altri Stati rivieraschi e lo Stato di bandiera della nave soccorritrice²¹.

Ma neppure nel caso della Libia, poiché sul piano internazionale l'incapacità della stessa di ottemperare alla SAR non può che determinare la sospensione della convenzione nei suoi confronti²²: in tal senso, non potendosi pretendere dalla Libia di diventare un "luogo sicuro" quale condizione per ripristinare gli obblighi vigenti nei suoi confronti ai sensi della Convenzione SAR, qualunque soccorso avvenga nella (formale quanto inoperante) zona SAR libica non può essere gestito in base alla Convenzione di Amburgo. Tanto meno dopo che, a quanto risulta da notizie più recenti riportate sui *media*²³, la stessa Libia (o il governo riconosciuto come legittimo dagli Stati come il nostro) si è parimenti auto-dichiarata "luogo non sicuro" per lo sbarco di naufraghi (*rectius*, di migranti che partano addirittura dalle sue coste).

Alla luce di quanto sopra, ai fini di un'analisi minimamente "solida" e non costantemente mutevole a causa dell'eufemisticamente tormentato

and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea del maggio 2021, www.ohchr.org.

²⁰ Si veda A. CUDDY, "La Libia crea la sua zona SAR e notifica l'IMO (con il sostegno UE)", *Euronews*, 9 luglio 2018.

²¹ Malta è anche al centro di polemiche per presunti respingimenti in mare "by proxies", ossia respingimenti realizzati avvalendosi di imbarcazioni private; sul punto è intervenuto anche il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa: D. MIJATOVI, *Letter to Mr. Robert Abela, Prime Minister of Malta*, CommHR/DM/sf 013-2020 del 5 maggio 2020. Per un approfondimento sulla vicenda si veda: A. FARAHAT, N. MARKARD, *Closed Ports, Dubious Partners*, cit., spec. pp. 15-16.

²² Cfr. *ex multis* S. BARIATTI, *L'accordo nel sistema delle fonti*, cit., p. 117 ss.; E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 181 ss.; M.N. SHAW, *International Law*, VIII ed., Cambridge, 2017, p. 712 ss.

²³ Si veda A. PUGLIA, "Nessuno salvi i migranti, anche la Libia si dichiara porto non sicuro", *Vita.it*, 10 aprile 2020.

destino della Libia in questi anni²⁴, il giurista deve assumere che la vigenza della Convenzione di Amburgo nei confronti della Libia sia sospesa fino a quando non si sarà ripristinato un governo che controlla il territorio libico con adeguati requisiti di effettività sotto il profilo internazionale²⁵.

Devono quindi trovarsi altre strade, che sono poi quelle indicate dalle rilevanti disposizioni della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare (UNCLOS)²⁶ e della Convenzione sulla sicurezza della vita umana in mare del 1974, più volte modificata (SOLAS)²⁷, e in particolare il *Chapter V, Regulation 7* di tale Convenzione. È pur vero che, rispetto alla SAR, e alle sue procedure attuative, la disciplina sopra individuata è certamente meno precisa. Ma ciò non toglie, da un lato, che all’inapplicabilità della Convenzione SAR alla Libia non possa conseguire un’automatica estensione della zona SAR italiana alle acque libiche; dall’altro lato, e soprattutto, che l’applicazione del regime “residuale” sopra evidenziato determini quale conseguenza immediata che una quota importante di responsabilità sulle operazioni di ricerca e soccorso in acque “non SAR” debba gravare sullo Stato di bandiera, finora quanto meno “defilato” nella gestione dei soccorsi effettuati dalle ONG rispetto agli Stati costieri²⁸.

Sicché ci si deve innanzitutto chiedere come mai il decreto assuma come pacifica l’esistenza di obblighi internazionali dell’Italia scaturenti dalla Convenzione SAR di fornire un POS a navi straniere che abbiano soccorso naufraghi o migranti fuori dalla nostra zona SAR, anche quando tali obblighi non sussistono. Tanto più per l’importanza del tema, anche sotto il profilo dei rapporti internazionali e con gli altri partner UE, maggiore attenzione sul punto sarebbe stata meritoria.

²⁴ Per una ricostruzione completa, cfr.: R. ALIBONI *et al.*, *La crisi libica: situazione attuale e prospettive di soluzione*, in *Osservatorio di politiche internazionali*, 2016, www.iai.it.

²⁵ Sul punto, si ricorda che l’Operazione Sofia, avviata dall’Unione il 22 giugno 2015 (Missione EUNAVFOR Med), con il compito di contrastare l’attività dei trafficanti di esseri umani nel Mediterraneo centromeridionale è stata sostituita il 31 marzo 2020 dall’Operazione Irini, finalizzata ad attuare l’embargo di armi imposto dalle Nazioni Unite alla Libia: ciò ha determinato l’assenza di un dispositivo di soccorso navale di tipo militare al largo delle coste libiche. Per una ricostruzione più ampia, si veda: Servizio Studi del Senato, *Da Sophia a Irini: la missione militare UE nel mediterraneo cambia nome, e priorità*, 45/2020.

²⁶ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982.

²⁷ Convenzione sulla sicurezza della vita umana in mare (SOLAS) del 1974.

²⁸ Emblematica è la vicenda che ha coinvolto i Governi italiano e tedesco in relazione alla nave Alan Kurdi, appartenente all’ONG Sea-Eye e battente bandiera tedesca, di cui si dirà *infra*.

5. Altre perplessità di merito contenute nel decreto in esame: una narrazione non persuasiva dei rischi di contagio dai o per i migranti

Ciò premesso, anche assumendo l'applicazione della SAR, la ricostruzione della situazione di fatto offerta dal decreto non risulta comunque persuasiva. *In primo luogo*, appare oltre il limite della *fake news* l'inciso, pur contenuto in un passaggio dei "visti" di cui al decreto, secondo cui una delle ragioni del rifiuto annunciato del POS consiste nel pericolo di contagio che potrebbe subire l'Italia ad opera di migranti infetti di COVID-19. Un simile assunto, scritto nero su bianco in una norma dello Stato, ricorda le sconcertanti dichiarazioni rilasciate tempo addietro da qualche esponente politico favorevole alla "chiusura" dei porti italiani, quando si arrivava a sostenere – per finalità forse di consenso elettorale, ma obiettivamente riprovevoli per infondatezza e strumentalità – che i migranti potessero diffondere il virus Ebola in Italia²⁹. Tale ragionamento sconta palesi contraddizioni: se si pensa che chi arriva in Italia è un potenziale "untore", allora si dovrebbe impedire l'ingresso nel territorio dello Stato a chiunque faccia ingresso in Italia, legalmente o meno. Quest'ultima ipotesi, come è noto, non è stata mai presa in considerazione da alcuna delle misure di *lockdown* adottata dall'Italia, prevedendosi al più misure di quarantena – beninteso, applicabili anche ai cittadini italiani – per gli ingressi nel nostro Paese da provenienze a rischio³⁰. Anzi, un'ulteriore contraddizione si registra laddove la politica di "chiusura" agli arrivi via mare si è scontrata con la necessità di garantire, anche durante la pandemia, regolari flussi di manodopera stagionale proveniente dall'estero, soprattutto nel settore agricolo³¹.

Purtroppo, la tendenza a giustificare un irrigidimento delle politiche migratorie adducendo esigenze di salute pubblica non è stato un fenomeno

²⁹ Sul punto, si rinvia al *fact-checking* realizzato dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS): ISS, *Il virus Ebola approderà sulle nostre coste con i barconi?* del 28 febbraio 2018, www.issalute.it.

³⁰ Cfr. Commissione europea, COVID-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, 2020/C 126/02.

³¹ Poiché il tema esula dall'oggetto del presente contributo, si rinvia, per approfondimenti, a: R. TIMMERMAN, "COVID-19 Exposes the Realities of Europe's Neglected Essential Workers", *Border Criminologies Blog*, 2 dicembre 2020; S. SEKALALA, B. RAWSON, "Navigating the Paradoxes of Selective COVID-19 Border Closures", *Border Criminologies Blog*, 8 luglio 2020; S. BARILLÀ, A. PELLICANÒ, *The treatment of irregular migrants during COVID-19: A comparative analysis of Italian and Portuguese responses*, in *Studia z Polityki Publicznej*, 2020, p. 123 ss; R. CRAMARENCO, *On migrants and COVID-19 pandemic – an analysis*, in *Modelling The New Europe*, 2020, p. 106 ss.

circoscritto all'Italia³², come esemplificato da quanto avvenuto negli Stati Uniti³³ e al confine tra Grecia e Turchia³⁴. Il che, purtroppo, determina una riprovevole condizione di accresciuta vulnerabilità in cui si sono ritrovati migranti e richiedenti asilo a causa della pandemia³⁵.

In secondo luogo, incomprensibile – e criticabile – è la scelta di applicare queste misure solo ai migranti soccorsi in zone SAR non italiane, e solo da navi straniere in quanto non coordinate dal nostro MRCC: nella Convenzione SAR il POS è inteso come luogo nel quale la persona soccorsa sarà definitivamente in salvo, poiché ivi cessa la situazione di pericolo di vita del naufrago. In questa prospettiva, da un lato è falso (o almeno, è auspicabile che lo sia) che in Italia le libertà e la vita delle persone siano generalmente in pericolo: nell'espressione dell'UNCHR, l'Italia non parrebbe un posto in cui «lives and freedoms [...] would be threatened»³⁶; dall'altro lato, anche a voler declinare (e non si dovrebbe) la nozione di POS come ... *COVID-19 oriented*, il rischio che la persona venga infettata dal coronavirus una volta entrata in Italia non è diverso da altri rischi di patologie (anche gravi) cui i migranti non raramente sono esposti per le condizioni igienico-sanitarie

³² Secondo l'ACNUR, nel corso della prima ondata della pandemia almeno 57 dei 167 Paesi che hanno introdotto restrizioni alla frontiera a causa del COVID-19 non hanno previsto eccezioni per i richiedenti asilo: ACNUR, *Beware long-term damage to human rights and refugee rights from the coronavirus pandemic*: UNHCR, comunicato stampa del 22 aprile 2020, www.unhcr.org.

³³ Negli Stati Uniti d'America, il provvedimento di un ente governativo federale ha disposto, ai sensi di una legge sanitaria del 1944, la sospensione degli ingressi di persone provenienti da Paesi interessati dal contagio: Centers for Disease Control and Prevention, *Notice of Order Under Sections 362 and 365 of the Public Health Service Act, Suspending Introduction of Certain Persons From Countries Where a Communicable Disease Exists*, Federal Register, Vol. 85, No. 59, 17060 del 26 marzo 2020. Secondo una parte della dottrina le modalità applicative di tale misura possono costituire, per il loro impatto sui richiedenti asilo, una violazione del principio di *non-refoulement*, sancito dalla Convenzione di Ginevra del 1951: L. GUTTEN- TAG, “Coronavirus Border Expulsions: CDC’s Assault on Asylum Seekers and Unaccompanied Minors”, *Just Security*, 13 aprile 2020; P. BHATNAGAR, *Public Health as Pretext: The Evisceration of Asylum Law and Protections during a Pandemic*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, 2020, p. 317 ss.; L. HARRIS, *Asylum Under Attack*, in *Loyola Law Review*, 2020; W. PARMET, *Immigration Law’s Adverse Impact on COVID-19*, in S. BURRIS et al. (eds), *Assessing Legal Responses to COVID-19*, Boston, 2020, p. 240 ss.

³⁴ Cfr. ACNUR, *UNHCR calls on Greece to investigate pushbacks at sea and land borders with Turkey* del 12 giugno 2020.

³⁵ Sul tema, si rinvia a: M. FOSTER, H. LAMBERT, J. MCADAM, *Refugee Protection in the COVID-19 Crisis and beyond: The Capacity and Limits of International Law*, in *University of New South Wales Law Journal*, 2021, p. 104 ss.; J. CHAMIE, *International Migration amid a World in Crisis*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2020, p. 230 ss.

³⁶ Cfr. Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951, art. 33, par. 1.

esistenti in alcuni luoghi di accoglienza pur forniti dal nostro Paese³⁷. E soprattutto, visto il significato del POS per come scolpito nella Convenzione SAR, allora non ha alcun senso che l'Italia rimanga invece un “luogo sicuro” per i migranti recuperati nella nostra zona SAR, coordinati dal nostro *Maritime* RCC, ovvero recuperati da navi italiane ovunque il soccorso abbia avuto luogo: all'evidenza, se il problema sono le condizioni attuali del territorio italiano, rispetto ad altre, queste persone non presentano rischi minori di essere contagiate.

Infine, un'ulteriore criticità concerne l'ambito di applicazione temporale del decreto, automaticamente ricollegata all'intera durata del periodo di emergenza sanitaria (come definita dal Governo)³⁸: la valutazione circa l'assenza di requisiti di POS è, quindi, effettuata a prescindere, senza possibilità di rivedere tale scelta alla luce della concreta evoluzione della pandemia³⁹.

6. L'applicazione in concreto del provvedimento: l'esperienza delle c.d. “navi quarantena”

Per quanto concerne i profili applicativi, il provvedimento in esame va letto in combinato disposto con il decreto adottato dal Capo diartimento della Protezione civile il 12 aprile 2020⁴⁰, nel quale, in prosecuzione della disciplina qui commentata, si individua presso il Ministero dell'interno un “soggetto attuatore” che deve assicurare le misure di isolamento e di contrasto dell'epidemia nelle fattispecie coperte dal decreto interministeriale n. 150/2020⁴¹. In estrema sintesi, si prevede che, mentre per i migranti per i quali non può essere fornito un “luogo sicuro” possono essere utilizzate navi per la sorveglianza sanitaria (senza indicare con chiarezza cosa ne sarà delle

³⁷ Per approfondimenti si veda: S. DI MEO, E. BENTIVEGNA, *Migrants' Quarantine and COVID-19 Pandemic in Italy: a Medico-anthropological View*, in *SN Comprehensive Clinical Medicine*, 2021, pp. 1-5, nonché in relazione al periodo antecedente alla pandemia: Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento: anno 2018, 2019*.

³⁸ Cfr. *supra*, n. 2.

³⁹ Cfr. A. PITINO, *Controllo delle frontiere italiane*, cit., p. 25.

⁴⁰ Decr. del Capo dipartimento del 12 aprile 2020, n. 1287, recante «Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», www.protezionecivile.gov.it.

⁴¹ Ivi, art. 1.

persone a bordo di tali navi una volta terminata detta sorveglianza)⁴², gli altri vengono invece comunque accolti sul territorio, sia pur ai fini di garantire da terra le misure di contenimento del contagio.

Ciò considerato, occorre ripercorrere le vicende che hanno interessato nell’aprile del 2020 le navi *Alan Kurdi* e *Aita Mari*⁴³, alle quali, una volta soccorsi alcuni migranti, è stato negato l’accesso ai porti italiani.

Nel primo caso, il diniego era stato preceduto da contatti informali tra il Governo della Germania, Stato di bandiera della nave, e il Ministero degli interni italiano, il quale, ancor prima dell’adozione del provvedimento in esame, aveva anticipato l’indisponibilità ad accettare lo sbarco dei migranti⁴⁴. Successivamente, tale posizione è stata formalizzata attraverso l’adozione del decreto interministeriale in esame, in forza del quale è stata negata la dichiarazione di POS. Alcuni giorni dopo, ricevute risposte di diniego anche dagli RCC di Malta e della stessa Germania⁴⁵, la *Alan Kurdi* ha trasferito i naufraghi soccorsi sul traghetto *Raffaele Rubattino*, allestito dalla protezione civile, con l’assistenza della Croce rossa italiana, per lo svolgimento del periodo di quarantena.

Una sorte simile a quella appena illustrata ha interessato la nave *Aita Mari*, la quale, vistasi negare l’accesso ai porti italiani, ha completato il 19 aprile 2020 il trasferimento dei migranti a bordo del suddetto traghetto⁴⁶.

In concreto, quindi, l’applicazione della misura in oggetto si è tradotta in una forma di quarantena e non di respingimento. A conferma, tutto sommato, e a dispetto dei contenuti del decreto interministeriale qui analizzato, di una politica adottata dal nostro Paese volta a contemperare meglio le ragioni sanitarie con la tutela delle persone che si trovano in pericolo in mare. In tal senso, e pur dato atto che questa soluzione determina un ben maggiore grado di limitazione di libertà personale che essa comporta rispetto alla permanenza sulla terraferma, quanto meno perdurando una situazione emergenziale mi parrebbero non del tutto giustificate le critiche alla soluzione

⁴² Cfr. ASGI, *Diritti in rotta. L’esperimento delle navi quarantena e i principali profili di criticità*, marzo 2021, www.asgi.it.

⁴³ Appartenenti, rispettivamente, alle ONG Sea Eye e Salvamento Marítimo Humanitario. Sulla vicenda, si veda anche: A. FARAHAT, N. MARKARD, *Closed Ports*, cit., spec. pp. 3-6.

⁴⁴ Cfr. German Ministry of the Interior, *Letter to the NGOs Médecins sans frontières, SOS Méditerranée, Sea-Watch, Sea-Eye and Mission Lifeline* del 6 aprile 2020 (in lingua tedesca), www.sea-eye.org.

⁴⁵ A. FARAHAT, N. MARKARD, *Closed Ports*, cit., p. 6.

⁴⁶ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Bollettino* del 28 aprile 2020, www.garantenazionaleprivatiliberta.it.

delle navi-quarantena che pur sono state mosse da alcuni, compreso il Garante nazionale per i diritti delle persone detenute⁴⁷.

7. Considerazioni conclusive: il decreto come messaggio “trasversale” nei confronti delle ONG?

Alla luce di quanto sopra, sia nel metodo che nel merito, il giudizio sul decreto n. 150/2020 non può che essere negativo.

Detto questo, si può quanto meno cercare di salvarne la *ratio* metagiuridica. Segnatamente, pur in modo largamente inadeguato sul piano giuridico, se non effettivamente illegittimo sotto vari profili, il provvedimento sembrerebbe voglia recuperare spazi “politici” rispetto alla gestione dei migranti recuperati autonomamente da parte di unità navali di ONG battenti bandiera straniera, e cioè senza il coordinamento di alcun RCC competente. Di ciò si ha indiretta conferma nel decreto del Capo di compartimento della Protezione civile del 12 aprile 2020, esaminato poc’anzi.

Tornando al decreto interministeriale in esame, pare indubbio che l’obiettivo, esplicitato in modo inspiegabilmente *soft* nello stesso provvedimento, sia quello di responsabilizzare gli Stati di bandiera di queste navi; e in effetti, come si è osservato, in passato tali navi sono state effettivamente oggetto di non commendevoli “disimpegni” nei confronti degli obblighi internazionali gravanti su tali Stati⁴⁸.

Col decreto di cui trattasi, quindi, l’Italia fondamentalemente “annuncia” alle ONG straniere (e ai loro Stati di bandiera) che assumerà una posizione non collaborativa quanto alla fornitura di un POS, segnalando anche a queste ultime di rivolgersi, ove del caso, appunto ai propri Stati di bandiera: emblematico, al riguardo, è il passaggio contenuto nel decreto, secondo cui si ritiene che «le attività assistenziali e di soccorso da attuarsi nel “porto sicuro” possano essere assicurate dal Paese di cui le unità navali battono bandiera laddove abbiano condotto le operazioni al di fuori dell’area SAR italiana, in assenza del coordinamento del IMRCC Roma». Questa

⁴⁷ Cfr. F. ESPOSITO, G. FABINI, “Detention and Migrant Confinement in Italy at Times of COVID-19”, *Border Criminologies Blog*, 7 giugno 2021; L. GENNARI *et al.*, *Dopo lo sbarco*, cit., p. 2; C. CRETA, “Italy’s use of ferries to quarantine migrants comes under fire”, *The New Humanitarian*, 9 novembre 2020. In particolare, sono state segnalate le criticità riconducibili alla presenza di minori non accompagnati: ASGI, *Diritti in rotta*, cit., spec. p. 16-19; Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Bollettino* del 28 aprile 2020, cit., p. 2.

⁴⁸ Al riguardo, si rinvia ancora a German Ministry of the Interior, *Letter to the NGOs*, cit.

interpretazione, peraltro, sembrerebbe suffragata anche dagli esiti di un’interrogazione parlamentare svoltasi poco dopo l’adozione del decreto⁴⁹.

Se questa è la vera *ratio* del decreto, allora forse sarebbe stata meglio una dichiarazione formale sull’effettivo ambito degli obblighi dell’Italia quale parte contraente la SAR, magari veicolata soprattutto in ambito UE⁵⁰, dove non pare dubbio che esistano (inadempiuti) obblighi di solidarietà tra Stati membri ai sensi degli art. 4, par. 3, TUE e 80 TFUE⁵¹. Usare l’emergenza COVID-19 per ricordare a tutti la necessità di fare la propria parte per salvare le vite umane in mare non sembra una buona idea. Soprattutto perché almeno durante la prima fase dell’emergenza pandemica sono aumentati i viaggi in mare e i rischi per i migranti: infatti, i trafficanti di esseri umani sembrano aver approfittato della “distrazione di massa” causata dal coronavirus sugli Stati e sull’opinione pubblica, facendo partire un numero crescente di persone dalle coste soprattutto libiche verso la sponda nord del Mediterraneo, soprattutto quando, con la buona stagione, migliorano le condizioni meteomarine.

E a proposito di solidarietà, o della legge economica secondo cui la moneta cattiva scaccia quella buona, non è casuale che l’iniziativa italiana sia stata subito copiata da Malta⁵², che pure, come abbiamo scritto, non ha gli stessi obblighi SAR dell’Italia, anzi non si è mai obbligata verso altri Stati a fornire un POS alle navi in *distress*. Quanto alla Libia, per quel che valga, si è appena scritto che anche il suo Governo, in sequenza, si sia dichiarato porto non sicuro.

Insomma, siamo al solito braccio di ferro tra Stati, e tra loro e le ONG: e se così è, come pare, bene sarebbe non chiamare in causa il coronavirus, al

⁴⁹ Sul punto, si vedano le dichiarazioni rese dal Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti Salvatore Margiotta, in particolare il passaggio in cui si osserva che «è stato fatto richiamo alla responsabilità dello Stato di bandiera dell’unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione previsto dalla convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l’Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi»: Camera dei deputati, *Interpellanza sul decreto che sospende la classificazione di place of safety (luogo sicuro) per i porti italiani, per i casi di soccorso effettuati da unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell’area Sar italiana*, 2-00736, risposta del 17 aprile 2020, www.infoparlamento.it.

⁵⁰ Sul rapporto tra Stati membri e ONG, ad oggi la Commissione è intervenuta solo con un atto non vincolante: raccomandazione (UE) n. 1365/2020 della Commissione del 23 settembre 2020 sulla cooperazione tra gli Stati membri riguardo alle operazioni condotte da navi possedute o gestite da soggetti privati a fini di attività di ricerca e soccorso.

⁵¹ Sia consentito il rinvio a F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss., sempre anche per riferimenti.

⁵² Si veda Ed., “Malta shuts its ports to asylum seekers, citing COVID-19 pandemic”, *Times of Malta*, 9 aprile 2020.

quale, tra i tanti mali che porta, non credo sia seriamente plausibile attribuire anche un ruolo nella tragedia dei migranti in mare⁵³.

⁵³ Per un inquadramento più generale dell'impatto della pandemia sulle migrazioni via mare, sia consentito rinviare a: F. MUNARI, *To What Extent Do the Contemporary International Law of the Sea, International Maritime Law, and International Labor Law Address Public Health Threats such as Pandemics?*, in *Ocean Yearbook*, 2021, p. 388 ss.

Respingimenti sommari di migranti alla frontiera terrestre di Melilla: la sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna* tra (poche) luci e (molte) ombre

FRANCESCA MUSSI*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La sussistenza della giurisdizione: l'irrelevanza dell'esposizione a forti pressioni migratorie alle frontiere. – 3. Il divieto di espulsioni collettive di stranieri: quando l'eccezione (non) conferma la regola. – 4. Le argomentazioni della Grande Camera: verso un affievolimento delle garanzie convenzionali per le persone migranti alle frontiere terrestri? – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Con sentenza resa nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, la Grande Camera della Corte EDU si è pronunciata per la prima volta sulla questione dei respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri che separano l'*énclave* spagnola di Melilla dal Regno del Marocco, negando la sussistenza di una violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 e dell'art. 13 CEDU poiché i ricorrenti si sono volontariamente posti in una situazione di illegalità nel momento in cui hanno superato il confine senza autorizzazione, sfruttando a proprio vantaggio il fatto che il tentativo di oltrepassare le barriere fosse avvenuto in massa e scegliendo di non utilizzare un percorso regolare di ingresso. Attraverso l'analisi delle considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo, il presente contributo si propone di evidenziare i profili di incoerenza interna che caratterizzano la pronuncia in esame. Pur ribadendo alcuni consolidati orientamenti della Corte circa l'irrelevanza dell'esposizione a forti pressioni migratorie alla frontiera rispetto all'esercizio della giurisdizione statale e la necessità di operare un'interpretazione estensiva della definizione di "espulsione", essa si contraddistingue per alcuni discutibili elementi di novità – *in primis*, quello relativo alla previsione di una tanto ampia quanto inspiegabile eccezione al divieto di cui all'art. 4 del Protocollo 4 CEDU – attraverso i quali la Corte EDU, pur non legittimando, almeno in via di principio, i respingimenti sommari alle frontiere terrestri, sembra di fatto spostare nuovamente a favore degli Stati il punto di equilibrio nel bilanciamento tra il diritto alla gestione dei confini e gli obblighi internazionali di tutela dei migranti.

PAROLE CHIAVE: Divieto di espulsioni collettive – condotta colpevole del ricorrente – percorsi regolari di ingresso – respingimenti sommari – diritto a un rimedio effettivo – retorica dell'invasione.

* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale, Università di Trento, francesca.mussi@unitn.it.

1. Osservazioni introduttive

Con sentenza resa il 13 febbraio 2020 nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*¹, la Grande Camera della Corte EDU ha affrontato per la prima volta la questione dei respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri che separano la città autonoma di Melilla, *énclave* spagnola di circa 12 km² situata sulla costa nord-africana, dal Regno del Marocco². La pronuncia in esame rappresenta l'epilogo di una vicenda processuale iniziata il 12 febbraio 2015, con il deposito, da parte di due cittadini di nazionalità maliana e ivoriana, di due ricorsi volti ad accertare se la misura di rimpatrio immediato adottata nei loro confronti dalla Guardia civile spagnola di stanza a Melilla costituisca una violazione dell'obbligo di non respingimento, del diritto a non essere sottoposti a espulsioni collettive e del diritto a un ricorso effettivo, come affermati, rispettivamente, nell'art. 3, nell'art. 4 del Protocollo 4 e nell'art. 13 CEDU.

I fatti di causa possono essere sintetizzati come segue. Nell'agosto 2014, dopo aver soggiornato vari mesi in Marocco, i due ricorrenti, insieme a circa

¹ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ric. nn. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

² La pratica dei respingimenti sommari, adottata dalla Spagna a partire dal 2005, è stata istituzionalizzata solo nel 2015, a seguito dell'adozione della *Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana*, n. 4/2015 del 30 marzo 2015 (c.d. LOPSC), che ha introdotto il decimo emendamento alla precedente *Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, n. 4/2000 dell'11 gennaio 2000 (c.d. LOEX), stabilendo un regime normativo speciale per il respingimento e il successivo rimpatrio dei migranti a Ceuta e Melilla. In particolare, è previsto che gli stranieri che tentano di penetrare nelle strutture di contenimento della frontiera per attraversare il confine in modo non autorizzato, la cui presenza è rilevata all'interno delle linee di demarcazione territoriale di Ceuta o Melilla, possono essere rimpatriati per impedire il loro ingresso irregolare in Spagna (decimo emendamento, primo comma), fermo restando che tali rimpatri devono avvenire nel rispetto delle norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani e di protezione internazionale riconosciute dalla Spagna (decimo emendamento, secondo comma). Alcune disposizioni contenute nella *Ley Organica* n. 4/2015, incluso il decimo emendamento, sono state di recente sottoposte al vaglio della Corte costituzionale spagnola, la quale, in data 19 novembre 2020, ha ritenuto che l'istituzione di un regime specifico per Ceuta e Melilla, in ragione della loro particolare posizione geografica, non può essere considerata irragionevole né priva di giustificazione e ha dichiarato legittima la disciplina introdotta dal decimo emendamento. Sull'effettiva compatibilità della prassi in esame con gli standard internazionali di tutela dei diritti umani, v., di recente, A. LÓPEZ-SALA, *Keeping up Appearances: Dubious Legality and Migration Control at the Peripheral Borders of Europe: The Cases of Ceuta and Melilla*, in S. CARRERA, M. STEFAN (a cura di), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Abingdon, 2020, p. 26 ss. Per alcuni rilievi critici sulla sentenza della Corte costituzionale spagnola v., inoltre, A. FAZZINI, "Diritti fantastici e dove trovarli". La crisi di Ceuta e l'insostenibilità delle politiche migratorie europee", *SIDIBlog*, 16 giugno 2021.

ottanta altri migranti provenienti dall’Africa subsahariana, tentavano di fare ingresso in modo irregolare nel territorio spagnolo attraverso la frontiera di Melilla. Il valico è costituito da tre linee di recinzione successive lunghe 13 km, di forma leggermente concava, che si stagliano su due livelli diversi fino a raggiungere 6 metri di altezza, e da un sofisticato sistema di videocamere di sorveglianza a raggi infrarossi e di sensori di movimento. Le barriere sono integrate da quattro porte di sicurezza che consentono il passaggio delle guardie di frontiera da un versante all’altro del valico. I due ricorrenti, in momenti diversi, raggiungevano la sommità della terza recinzione e, dopo alcune ore, aiutati dalle autorità spagnole, riuscivano a scendere dallo sbarramento. A quel punto venivano immediatamente fermati e rimpatriati in Marocco, insieme agli altri migranti che avevano cercato invano di oltrepassare la barriera nel medesimo giorno. Il rimpatrio immediato avveniva senza che ai ricorrenti fosse data la possibilità di ricevere assistenza sanitaria, linguistica e legale, e in assenza di ogni procedura volta all’identificazione o a conoscerne le specifiche situazioni individuali. A distanza di alcuni mesi, dopo ulteriori tentativi, N. D. e N. T. riuscivano a oltrepassare la frontiera di Melilla e a entrare in territorio spagnolo, dove erano però destinatari di nuovi provvedimenti di espulsione.

Con sentenza resa il 3 ottobre 2017³, la Corte EDU, dopo avere escluso la rilevanza dell’art. 3 CEDU in una precedente decisione di inammissibilità stante la mancata sottoposizione dei ricorrenti a tortura o trattamenti inumani o degradanti in Marocco o in un diverso Paese⁴, ha riconosciuto all’unanimità che, con riferimento al primo tentativo di ingresso sul territorio spagnolo, lo Stato convenuto aveva violato sia l’art. 4 del Protocollo 4 sia l’art. 13 CEDU in combinato disposto con la prima disposizione⁵. Su richiesta del Governo spagnolo, il caso è stato successivamente rinviato alla Grande Camera, che, dopo più di un anno, è pervenuta a conclusioni di diverso tenore. A parere di quest’ultima, infatti, lo Stato convenuto non ha

³ Corte EDU, sentenza del 3 ottobre 2017, ric. nn. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

⁴ Corte EDU, decisione sull’ammissibilità del 7 luglio 2015, ric. nn. 8675/15 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*.

⁵ In merito alla sentenza, v. i commenti di D. MOYA, “Judgement ND and NT v Spain: On the Legality of Police ‘Push-backs’ at the Borders and, Again, on the Prohibition of Collective Expulsions”, *Strasbourg Observers*, 16 ottobre 2017; A. PIJNENBURG, “Is N.D. and N.T. v. Spain the New Hirsi?”, *EJIL:Talk!*, 17 ottobre 2017; G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affaire N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 153 ss.; L. IMBERT, *Refoulements sommaires: la CEDH trace la « frontière des droits » à Melilla*, in *Revue des droits de l’homme*, 2018, p. 1 ss.; L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell’enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 199 ss.

commesso alcuna violazione del divieto di espulsioni collettive, poiché i ricorrenti si sono volontariamente posti in una situazione di illegalità nel momento in cui hanno superato il confine di Melilla senza autorizzazione, sfruttando a proprio vantaggio il fatto che il tentativo di oltrepassare le barriere fosse avvenuto in massa e scegliendo di non utilizzare un percorso regolare di ingresso.

Attraverso l'analisi delle considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo, in questa sede ci si propone di mettere in luce gli evidenti profili di incoerenza interna della sentenza resa nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*. Da un lato, infatti, la pronuncia in esame ribadisce alcuni consolidati orientamenti della Corte circa l'irrilevanza dell'esposizione a forti pressioni migratorie alla frontiera rispetto all'esercizio della giurisdizione statale e la necessità di operare un'interpretazione estensiva della definizione di "espulsione" con ciò non rappresentando, come invece da qualcuno sostenuto⁶, una legittimazione *tout court* dei respingimenti collettivi di stranieri ai confini terrestri. Tuttavia, essa si contraddistingue (in negativo) per una serie di discutibili elaborazioni giurisprudenziali – *in primis*, quella relativa alla previsione di una tanto ampia quanto inspiegabile eccezione al divieto di cui all'art. 4 del Protocollo 4 CEDU – che costituiscono preoccupanti elementi di novità attraverso i quali, di fatto, la Corte EDU sembra spostare ancora una volta a favore degli Stati il punto di equilibrio nel bilanciamento tra quello che è definito come un « diritto sovrano » alla gestione e alla protezione delle proprie frontiere⁷ e gli obblighi internazionali di tutela delle persone migranti.

2. La sussistenza della giurisdizione: l'irrilevanza dell'esposizione a forti pressioni migratorie alle frontiere

La prima questione posta all'esame della Grande Camera riguarda la possibilità di stabilire la giurisdizione della Spagna rispetto ai fatti oggetto del giudizio. A questo proposito, la Corte EDU richiama la consolidata interpretazione della nozione di cui all'art. 1 CEDU, ribadendo che gli Stati parti devono riconoscere le libertà e i diritti enumerati nella Convenzione a tutti

⁶ V.C. OVIEDO MORENO, "A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 14 febbraio 2020; M. PICHL, D. SCHMALZ, "Unlawful' May Not Mean Rightless. The Shocking ECtHR Grand Chamber Judgment in Case N.D. and N.T.", *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 14 febbraio 2020.

⁷ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 167-168.

gli individui sottoposti alla loro giurisdizione⁸ e che il suo esercizio costituisce una condizione preliminare e necessaria affinché sia configurabile la responsabilità di uno Stato parte per le condotte o le omissioni a esso imputabili⁹. Pur confermando che la giurisdizione ha carattere essenzialmente territoriale, in virtù del quale essa si presume normalmente esercitata nell'intero territorio dello Stato¹⁰, la Grande Camera ricorda che detto criterio può conoscere un'eccezione laddove vi siano aree dello Stato sottratte al suo effettivo controllo¹¹.

Nell'applicazione dei summenzionati principi al caso di specie, la Corte EDU parte dal presupposto dell'incontestabilità della collocazione dei fatti di causa in territorio spagnolo per poi esaminare se lo Stato convenuto possa invocare la sussistenza di circostanze eccezionali idonee a escludere la propria giurisdizione¹². Al riguardo, i giudici di Strasburgo rammentano di avere in precedenza riconosciuto che gli Stati che si trovano alle frontiere esterne dell'area Schengen stanno incontrando notevoli difficoltà nella gestione di copiosi flussi migratori¹³, ma di non averne mai tratto ulteriori conseguenze in merito a eventuali eccezioni rispetto all'esercizio della giurisdizione da parte di questi Stati¹⁴. Di conseguenza, la Grande Camera non accoglie l'argomento sostenuto dallo Stato convenuto, secondo il quale le criticità connesse alla gestione del fenomeno migratorio in prossimità dell'*énclave* di Melilla avrebbero impedito l'esercizio della sua piena autorità,

⁸ Nella giurisprudenza, v. per tutte Corte EDU, sentenza del 12 dicembre 2001, ric. n. 52207/99, *Banković e altri c. Belgio e altri*, par. 66. In dottrina, v. *ex multis* G. GAJA, *Art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. MILANOVIĆ, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 411 ss.; C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, II ed., Oxford, 2015; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford, 2015, p. 84 ss.

⁹ V. per tutte, Corte EDU, sentenza dell'8 luglio 2004, ric. n. 48787/99, *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia*, par. 311.

¹⁰ V. ancora Corte EDU, *Banković e altri c. Belgio e altri*, cit., par. 59; *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia*, cit., par. 312; sentenza del 29 gennaio 2019, ric. n. 36925/07, *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, par. 178.

¹¹ Corte EDU, sentenza dell'8 aprile 2004, ric. n. 71503/01, *Assanidze c. Georgia*, par. 137-139; *Ilașcu e altri c. Moldavia e Russia*, cit., par. 312-313 e 333.

¹² Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 104-105.

¹³ Si tratta di una contingenza già evidenziata dalla Corte EDU: v. sentenza del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 223; sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 122; sentenza del 21 ottobre 2014, ric. n. 16643/09, *Sharifi e altri c. Grecia e Italia*, par. 176.

¹⁴ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 106.

evidenziando, al contrario, che le guardie di frontiera spagnole erano le uniche operanti nella parte di territorio interessata¹⁵.

Alla luce di quanto sopra, la Corte EDU riconosce la sussistenza della giurisdizione della Spagna rispetto ai fatti di causa¹⁶. A suo parere, infatti, sebbene l'eccezionale pressione migratoria che ha interessato l'Europa negli anni più recenti abbia investito in maniera preponderante gli Stati geograficamente più esposti, tale contingenza non può (e non deve) comunque giustificare l'istituzione di aree poste «al di fuori del diritto» volte a escludere gli individui che vi si trovino dalla giurisdizione degli Stati parti alla Convenzione e, di conseguenza, dalla possibilità di beneficiare dei connessi diritti¹⁷.

3. Il divieto di espulsioni collettive di stranieri: quando l'eccezione (non) conferma la regola

Dopo avere rigettato le due eccezioni preliminari sollevate dal Governo spagnolo con riguardo alla pretesa assenza della qualità di vittima dei ricorrenti e al mancato esaurimento dei mezzi di ricorso interni, la Corte EDU passa all'esame di merito, al fine di verificare se i fatti dedotti in giudizio dai ricorrenti integrino una espulsione collettiva di stranieri¹⁸, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU.

Per rispondere a tale quesito, la Corte EDU prende in analisi una pluralità di questioni. In primo luogo, essa considera la possibilità di sussumere il respingimento di un cittadino straniero alla frontiera nella nozione di espulsione. A questo proposito, sulla scorta della definizione contenuta all'art. 2 del Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri elaborato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2014¹⁹ e della nota giurisprudenza precedente²⁰, la Grande Camera ribadisce l'interpretazione del termine "espulsione" secondo il significato generico attualmente in uso (« allontanare da

¹⁵ Ivi, par. 107.

¹⁶ Ivi, par. 108.

¹⁷ Ivi, par. 110. V. anche, *mutatis mutandis*, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 178.

¹⁸ In generale, sul divieto di espulsioni collettive, v. J.M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, The Hague-Boston-London, 1995; G. GAJA, *Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law*, in *Cursos euromediterráneos bancaja de derecho internacional*, 1999, p. 283 ss.

¹⁹ Commissione di diritto internazionale, Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri, UN Doc. A/RES/69/119 del 10 dicembre 2014.

²⁰ V. per tutte Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 173 ss.; *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, cit., par. 212; sentenza del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12, *Kbliafia e altri c. Italia*, par. 243 ss.

un luogo»), comprensivo di qualsiasi misura di allontanamento forzato di uno straniero dal territorio di uno Stato, indipendentemente dalle specifiche circostanze del caso, quali, per quanto di rilievo in questa sede, il carattere regolare o meno del soggiorno e la condotta tenuta durante l'attraversamento del confine²¹. In effetti, tale condivisibile approccio sembra imporsi anche in forza del combinato disposto con l'art. 1 della medesima Convenzione²². Analogamente alla nozione di giurisdizione, anche quella di espulsione ha carattere essenzialmente territoriale, nel senso che tale misura, nella maggior parte dei casi, assume la forma dell'allontanamento di uno straniero dal territorio dello Stato²³. Tuttavia, nulla esclude che, in via eccezionale, essa possa concretizzarsi in un respingimento alla frontiera. A parere della Corte EDU, infatti, attribuire alla nozione di espulsione carattere strettamente territoriale comporterebbe una discrepanza tra l'ambito di applicazione della CEDU e quello dell'art. 4 del Protocollo 4²⁴.

Alla luce di tali premesse, la Corte ritiene sussistente un'espulsione di stranieri, posto che i ricorrenti sono stati forzatamente allontanati dal territorio spagnolo verso il Marocco, a opera di agenti della Guardia civile, sotto la cui esclusiva giurisdizione si trovavano²⁵.

La Corte EDU passa, quindi, a considerare il carattere collettivo della misura, che, come noto, ha assunto una dimensione essenzialmente procedurale ed esiste con riferimento a ogni azione statale che costringe degli stranieri in quanto gruppo a lasciare un Paese, senza che la stessa sia posta in essere sulla base di un esame obiettivo e ragionevole delle singole posizioni individuali²⁶. Quanto alla nozione di gruppo, essa non è definita né in

²¹ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 185.

²² Nel medesimo senso, v. Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 175-180.

²³ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 23 febbraio 1999, ric. n. 45917/99, *Andric c. Svezia*; sentenza del 5 febbraio 2002, ric. n. 51564/99, *Čonka c. Belgio*. Tale fattispecie è stata esaminata anche da altri meccanismi internazionali di monitoraggio in materia di tutela dei diritti umani. V. Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: decisione del 31 ottobre 1996, comunicazione 71/92, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia*; decisione dell'11 novembre 1997, comunicazione 159/1996, *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme e altri c. Angola*; decisione del 22 maggio 2008, comunicazione 292/04, *Institute for Human Rights and Development in Africa c. Angola*. V. anche Corte interamericana dei diritti umani: sentenza del 24 ottobre 2012, Serie C n. 251, *Nadege Dorzema e altri c. Repubblica Dominicana*; sentenza del 28 agosto 2014, Serie C n. 282, *Expelled Dominicans and Haitians c. Repubblica Dominicana*. Infine, si tratta anche dell'ipotesi espressamente accolta dalla Commissione di diritto internazionale nel Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri del 2014.

²⁴ Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 178.

²⁵ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 191.

²⁶ Nella giurisprudenza europea v., tra le altre, Commissione EDU, decisione del 3 ottobre 1975, ric. n. 7011/75, *Becker c. Danimarca*, e Corte EDU: *Čonka c. Belgio*, cit., par. 59; *Hirsi*

funzione del numero dei membri né in base a specifiche caratteristiche comuni, quali origine o nazionalità²⁷.

È a questo punto che, nello sviluppo delle sue argomentazioni, la Corte EDU individua e prende in esame un ulteriore elemento da tenere in considerazione, vale a dire la condotta del ricorrente²⁸. Secondo giurisprudenza ritenuta consolidata dalla Grande Camera, non è infatti configurabile una violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU se la mancata adozione di un provvedimento di espulsione individuale è, in qualche misura, ascrivibile alla condotta propria del richiedente²⁹. Il suddetto *modus procedendi* trova applicazione anche nel caso di un gruppo di migranti che attraversano in massa un confine terrestre in modo non autorizzato, facendo ricorso alla forza, allo scopo di creare una situazione difficilmente controllabile e tale da mettere in pericolo la sicurezza pubblica³⁰. A parere dei giudici di Strasburgo, un contesto come quello delineato impone, però, di considerare inoltre se lo Stato convenuto abbia effettivamente fornito un canale di accesso ai mezzi legali di ingresso, in particolare in corrispondenza dei valichi di attraversamento della frontiera terrestre. Se tale canale esistesse e i ricorrenti non se

Jamaa e altri c. Italia, cit., par. 183-185; sentenza del 3 luglio 2014, ric. n. 13255/07, *Georgia c. Russia (I)*, par. 171-178; *Sharifi e altri c. Grecia e Italia*, cit., par. 214; *Kblaiifia e altri c. Italia*, cit., par. 237 ss. Analogamente, nella giurisprudenza africana, v. Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli: *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia*, cit., par. 26; *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme e altri c. Angola*, cit., par. 19. Infine, nella giurisprudenza interamericana, v. Corte interamericana dei diritti umani: *Nadege Dorzema e altri c. Repubblica Dominicana*, cit., par. 171-172; *Expelled Dominicans and Haitians c. Repubblica Dominicana*, cit., par. 361. Detto orientamento trova conferma anche nella prassi dei meccanismi internazionali di monitoraggio in materia di tutela dei diritti umani istituiti a livello universale. Il Comitato dei diritti umani, infatti, ha interpretato in maniera estensiva le garanzie procedurali previste dall'art. 13 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 affermando che esse sono applicabili anche nei casi in cui la legalità dell'ingresso o del soggiorno sia in contestazione, nella prospettiva di assicurare a ciascuno il diritto a una decisione individuale sul proprio caso (v. Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 15 – The Position of Aliens Under the Covenant*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 dell'11 aprile 1986, par. 9-10; *Concluding Observations: Dominican Republic*, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM del 26 aprile 2001, par. 16). Nei medesimi termini sembra essersi espresso anche il Comitato contro la discriminazione razziale nella *General Recommendation No. 30, Discrimination against Non-Citizens*, UN Doc. CERD/C/64/Misc.11/rev.3 del 12 marzo 2004, par. 26, in cui si legge che gli Stati non devono procedere a espulsioni collettive di stranieri in particolare nelle situazioni in cui non sussistono sufficienti garanzie che le circostanze personali che riguardano ognuna delle persone interessate sono state tenute in debita considerazione.

²⁷ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 194-195.

²⁸ Ivi, par. 200.

²⁹ In precedenza, v. Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., par. 184; *Kblaiifia e altri c. Italia*, cit., par. 240.

³⁰ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 201.

ne fossero avvalsi, la Corte EDU valterebbe la sussistenza di giustificate ragioni, tali da ritenere lo Stato convenuto comunque responsabile per la mancata identificazione individuale ai punti di accesso al confine³¹.

Applicando questo ragionamento al caso in esame, dopo avere respinto la tesi prospettata dallo Stato convenuto secondo cui non sussisterebbe il carattere collettivo dell'espulsione perché la vicenda processuale è stata portata avanti da due soli ricorrenti³², la Corte EDU procede a valutare la condotta degli stessi. Essa non ritiene configurabile una violazione del divieto di espulsioni collettive come previsto all'art. 4 del Protocollo 4 CEDU, poiché i ricorrenti si sono colpevolmente posti in una situazione di illegalità nel momento in cui hanno deciso di superare il confine di Melilla in massa e in modo non autorizzato, anziché scegliere di utilizzare uno dei percorsi regolari di ingresso resi effettivamente disponibili dall'ordinamento dello Stato convenuto. Alla luce di tali considerazioni, la mancata adozione di provvedimenti individuali di allontanamento da parte delle autorità spagnole altro non rappresenta che una conseguenza della condotta tenuta dai ricorrenti³³.

Così facendo, nonostante i rilievi critici di segno opposto formulati dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati³⁴, i giudici di Strasburgo hanno accolto integralmente la tesi prospettata dallo Stato convenuto, in base alla quale l'ordinamento spagnolo prevede numerosi canali regolari di ingresso sul proprio territorio, mediante l'accesso alle procedure per la richiesta di protezione internazionale e di asilo, disponibili sia presso il valico di frontiera di Beni-Enzar, in prossimità del luogo dell'assalto alle recinzioni, sia presso le rappresentanze diplomatiche e consolari spagnole site negli Stati di origine e di transito dei ricorrenti, sia, infine, in Marocco³⁵. Inoltre, la Grande Camera evidenzia che, a partire dal 1° settembre 2014, poco dopo il verificarsi dei fatti di causa, le autorità spagnole avevano istituito un apposito ufficio per la presentazione delle domande di asilo, sito nelle vicinanze della frontiera di Beni-Enzar³⁶. Peraltro, anche prima dell'istituzione del suddetto ufficio, era comunque disponibile un canale regolare di accesso al territorio spagnolo, come attestato dalla presentazione di ventuno richieste di asilo tra gennaio e agosto 2014, delle quali 6 inoltrate proprio in

³¹ *Ibidem*.

³² Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 203.

³³ Ivi, par. 231.

³⁴ Sul punto, v. anche *infra*, par. 4.

³⁵ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 212.

³⁶ Ivi, par. 213.

corrispondenza della suddetta frontiera³⁷. Da ultimo, la Grande Camera prende atto delle statistiche prodotte dallo Stato convenuto, secondo le quali le domande di asilo presentate a Beni-Enzar nel periodo compreso tra settembre e dicembre 2014 erano aumentate a 404. Alla luce di tali circostanze, la Corte EDU ravvisa l'insussistenza di giustificati motivi che, in concreto, abbiano impedito ai ricorrenti di avvalersi dei suddetti mezzi. Ciò trova conferma nel fatto che gli stessi non hanno dimostrato di avere quantomeno esperito un tentativo in tal senso, limitandosi, invece, a fare riferimento a generiche difficoltà di accesso di natura pratica, peraltro mai imputate direttamente alle autorità spagnole³⁸.

Pur ritenendo le summenzionate circostanze sufficienti a escludere una violazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU, la Corte EDU dà conto anche dell'ulteriore possibilità che i ricorrenti avrebbero avuto di accedere alle ambasciate e ai consolati spagnoli, ove chiunque può presentare una richiesta di protezione internazionale. Al riguardo, essa osserva che il consolato spagnolo di Nador si trova a 13,5 km da Beni-Enzar, una distanza che avrebbe agevolmente consentito loro di raggiungerlo³⁹. Al contrario, i ricorrenti non hanno fornito alcuna argomentazione al riguardo e non hanno neppure dimostrato che tale possibilità fosse stata concretamente preclusa.

Sulla scorta delle valutazioni che precedono, la Corte EDU non riconosce nemmeno la violazione dell'art. 13 CEDU in combinato disposto con l'art. 4 del Protocollo 4 CEDU. A suo avviso, infatti, l'assenza di ogni possibilità concreta per i ricorrenti di accedere a un mezzo di ricorso interno a carattere effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU al fine di contestare la legittimità dell'allontanamento altro non rappresenta che una conseguenza della condotta degli stessi ricorrenti, volta a ottenere un ingresso irregolare sul territorio spagnolo⁴⁰.

4. Le argomentazioni della Grande Camera: verso un affievolimento delle garanzie convenzionali per le persone migranti alle frontiere terrestri?

Alla luce dell'attuale contesto politico, in cui un numero crescente di Governi europei costruisce barriere all'ingresso dei propri confini terrestri erodendo progressivamente i diritti di quanti tentino di attraversarli, la

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 220.

³⁹ *Ivi*, par. 227.

⁴⁰ *Ivi*, par. 242.

decisione in commento assume particolare rilievo poiché si caratterizza per un intreccio di elaborazioni giurisprudenziali di contrastante tenore. In una tanto apprezzabile quanto apparente ottica di tutela dei diritti delle persone migranti, le argomentazioni sviluppate dalla Corte EDU sembrano, almeno in linea di principio, porsi nel solco della propria precedente giurisprudenza a favore, rispettivamente, del riconoscimento delle libertà e dei diritti enumerati nella Convenzione e nei Protocolli addizionali a tutti coloro i quali siano sottoposti alla giurisdizione degli Stati parti, indipendentemente dal fatto che questi ultimi siano chiamati a fronteggiare considerevoli difficoltà nella gestione di copiosi flussi migratori, e di un'interpretazione estensiva della definizione di "espulsione". Tuttavia, in concreto, le indicazioni dei giudici di Strasburgo finiscono per consentire agli Stati, in presenza di specifiche condizioni, di allontanare simultaneamente dalla frontiera un gruppo di stranieri senza prima aver esaminato la situazione personale di ciascuno⁴¹, come se il compito della Corte EDU non fosse quello di vigilare sul rispetto della CEDU e dei suoi Protocolli da parte degli Stati nell'esercizio del proprio diritto al controllo dei confini ma, in una prospettiva quasi distopica, di verificare se e in quale misura i soggetti in questione, attraverso la propria condotta, abbiano messo alla prova i limiti giuridici della sovranità statale⁴².

Nella prima direzione, è opportuno evidenziare, anzitutto, che la Corte EDU non solo – come si è già detto⁴³ – è ferma nel ribadire che gli Stati parti alla Convenzione non possono stabilire zone poste «al di fuori del diritto» allo scopo di privare gli individui che qui si trovino delle tutele previste dalla stessa Convenzione e dai suoi Protocolli addizionali, ma sembra addirittura spingersi oltre. Essa, infatti, afferma espressamente che, se è vero che normalmente si presume che la giurisdizione degli Stati venga esercitata su tutto il loro territorio, l'ambito di applicazione *ratione loci* della CEDU non può allora essere ridisegnato dagli stessi secondo convenienza, attraverso

⁴¹ In questo senso, v. anche le considerazioni svolte da R. WISSING, "Push Backs of 'Badly Behaving' Migrants at Spanish Border Are Not Collective Expulsions (but Might Still Be Illegal Refoulements)", *Strasbourg Observers*, 25 febbraio 2020.

⁴² Così si esprime S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, in *EUI Working Papers RSCAS*, No. 2020/21, 2020, p. 1 ss. Secondo l'Autore, la pronuncia in esame «[...] adopts a point of departure running against the ECHR person-centric mandate to primarily safeguard individuals' human rights in their interactions with states» (p. 8). Per un'impostazione non dissimile, v. anche Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2019, ric. n. 47287/15, *Ilias e Ahmed c. Ungheria* e le considerazioni svolte sul punto da C. PITEA, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 205.

⁴³ V. *supra*, par. 2.

esclusioni territoriali unilaterali⁴⁴. Di conseguenza, i giudici di Strasburgo condannano esplicitamente le prassi statali volte a ridefinire «artificialmente» le proprie frontiere mediante l'adozione di apposite misure legislative o amministrative, quali, nel caso di specie, la realizzazione di tre linee di recinzione situate all'interno del territorio spagnolo a una certa distanza dal confine.

In secondo luogo, è importante dare conto del fatto che lo Stato convenuto non è riuscito a sovvertire l'interpretazione del divieto di espulsioni collettive elaborata dalla Corte EDU nel caso *Hirsi*, che ha contribuito a rendere la norma prevista all'art. 4 del Protocollo 4 CEDU una delle principali disposizioni a tutela dei diritti fondamentali dei migranti⁴⁵. Nove anni fa, infatti, pronunciandosi in ordine alla prassi di intercettazioni in alto mare e respingimenti verso la Libia operata dalle autorità italiane allo scopo di impedire ai migranti provenienti dal continente africano di raggiungere le coste europee, i giudici di Strasburgo hanno stabilito che il divieto in esame trova applicazione anche con riferimento alle ipotesi di allontanamento avvenute al di fuori del territorio statale, addirittura in luoghi – come le acque internazionali – sottratti all'autorità sovrana di qualunque Stato. Nonostante la Spagna, supportata da altri Stati esposti alla pressione migratoria, *in primis* l'Italia, abbia sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU alle ipotesi di mancato ingresso alla frontiera, la Grande Camera ha riaffermato con forza le posizioni precedentemente espresse⁴⁶. Attraverso la pronuncia resa nel caso in esame, la Corte EDU non legittima, dunque, le pratiche dei respingimenti collettivi in quanto tali⁴⁷, sebbene, alla prova dei fatti, essa sembri comunque riconoscere come tale la prassi messa in atto dalle autorità spagnole alla frontiera terrestre tra Melilla e il Marocco.

Peraltro, l'interpretazione del divieto di espulsioni collettive ribadita dalla Grande Camera assume, nell'affare *N.D. e N.T.*, un importante valore pratico. Come noto, infatti, la formulazione testuale dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU non contiene alcuna espressione in grado di limitarne

⁴⁴ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 110.

⁴⁵ Per un'accurata analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU circa il divieto di espulsioni collettive di stranieri, v. di recente M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 479 ss.

⁴⁶ Sul punto, v. D. THYM, "A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's *N.D. & N.T.*-Judgment on 'Hot Expulsions'", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17 febbraio 2020.

⁴⁷ In tal senso, v. C. HRUSCHKA, "Hot Returns Remain Contrary to the ECHR: *ND & NT* before the ECHR", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 febbraio 2020; R. WIS-SING, "Push Backs of 'Badly Behaving' Migrants", cit.

l'applicazione a particolari categorie di stranieri⁴⁸ – quali, ad esempio, quelli che, se allontanati, correrebbero il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti negli Stati di origine o transito –, essendo il divieto in esame sancito in termini assoluti⁴⁹. Si può, dunque, affermare che la suddetta disposizione rappresenta una garanzia procedurale indipendente e ulteriore rispetto alla tutela sostanziale riconosciuta dal principio di non respingimento, soprattutto quando, come nel caso in esame, non sussista una violazione di quest'ultimo⁵⁰.

A un primo sguardo, l'approccio interpretativo adottato dalla Corte EDU sembrerebbe, dunque, ispirato a un rafforzamento degli *standard* di tutela dei diritti delle persone migranti. Tuttavia, tale sforzo giurisprudenziale è in concreto vanificato dall'ingiustificata previsione di un'ampia eccezione che esclude dall'ambito di applicazione dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU i migranti che, in assenza di giustificate ragioni, abbiano “colpevolmente” deciso di attraversare il confine terrestre in modo irregolare, pur potendo avvalersi di effettivi mezzi legali di ingresso⁵¹.

La Grande Camera dichiara di basarsi su di una nozione di “condotta colpevole” del ricorrente consolidata nella propria precedente giurisprudenza⁵², dando così l'impressione di non volersi discostare rispetto agli orientamenti già adottati. In realtà, non può certo sfuggire la circostanza che, nonostante le numerose pronunce richiamate per rafforzare le proprie argomentazioni, tale criterio è stato sinora impiegato dai giudici di Strasburgo in due sole occasioni relative al divieto di espulsioni collettive, peraltro attinenti a vicende assai diverse tra loro. In un caso, la Corte EDU ha identificato la condotta colpevole nella presentazione da parte dei due ricorrenti, in quanto coniugi, di un'unica domanda congiunta di riconoscimento dello *status* di rifugiato, basata sulle medesime motivazioni e gli stessi elementi di

⁴⁸ In senso contrario, si veda l'opinione parzialmente dissenziente allegata alla sentenza in commento dalla Giudice Koskelo, la quale si esprime a favore di un'interpretazione restrittiva della nozione di “espulsione”, basata sul riconoscimento delle garanzie di cui all'art. 4 del Protocollo 4 CEDU ai soli richiedenti protezione internazionale (par. 23 e 26 dell'opinione).

⁴⁹ Anche la dottrina è prevalentemente favorevole a riconoscere carattere assoluto al divieto in esame: v. per tutti D. RIETIKER, *Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times?*, in *Suffolk Transnational Law Review*, 2016, p. 651 ss.

⁵⁰ V. in tal senso, S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain*, cit., p. 3-5. Analogamente M. PICHL, D. SCHMALZ, “‘Unlawful’ May Not Mean Rightless”, cit.; D. THYM, “A Restrictionist Revolution?”, cit.

⁵¹ Per un approfondimento sull'eccezione, v. di recente G. CILIBERTO, *A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in N.D. and N.T. v Spain*, in *Human Rights Law Review*, 2021, p. 203 ss.

⁵² Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 200.

fatto, condizione questa che aveva reso impossibile assicurare un esame individuale della situazione di ciascuno, come invece richiesto ai sensi dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU⁵³. Nell'altro caso, la Corte EDU ha, invece, ravvisato tale condotta nel rifiuto opposto dai due ricorrenti di mostrare i propri documenti di identità agli agenti di polizia, che, di conseguenza, non erano stati materialmente in grado di redigere i decreti di espulsione a carico degli stessi⁵⁴.

Come correttamente osservato in dottrina⁵⁵, nel caso *N.D. e N.T.*, i giudici di Strasburgo sembrano, invece, interpretare la definizione di “condotta colpevole” del ricorrente alla luce di criteri del tutto nuovi, innalzando una nozione che in precedenza era stata inquadrata tutt'al più nell'ambito degli obblighi di cooperazione con le autorità statali al rango di criterio generale atto a individuare comportamenti idonei a escludere l'operatività del divieto di espulsioni collettive.

Sul piano giuridico, l'interpretazione elaborata dalla Corte EDU risulta poco convincente, se non addirittura discutibile. Essa, infatti, aggiunge una limitazione in nessun modo prevista dal testo dell'art. 4 del Protocollo 4 CEDU e in contrasto con lo scopo della disposizione stessa. Nella pronuncia in esame, la Grande Camera sembra quasi confondere questioni di fatto che poco hanno a che vedere con gli obblighi degli Stati parti alla CEDU con le garanzie procedurali derivanti dal divieto di espulsioni collettive di stranieri. La semplice “possibilità” che i ricorrenti avevano di recarsi in luoghi diversi per presentare la propria richiesta di protezione internazionale o di asilo non può, infatti, sollevare la Spagna dall'obbligo di esaminare la situazione individuale di ciascuno di essi.

Inoltre, vale la pena di analizzare in termini più ampi il ripetuto riferimento che la Corte EDU opera all'utilizzo di percorsi regolari di ingresso sul territorio dello Stato di destinazione. Le considerazioni svolte dai giudici di Strasburgo sono caratterizzate dall'impiego di un linguaggio non sempre lineare⁵⁶. Da un lato, infatti, essi chiedono agli Stati parti di rendere effettivamente disponibili canali legali che consentano a tutti di presentare una domanda di protezione o di asilo. Dall'altro, però, la Corte EDU sembra valutare la pertinente prassi spagnola in termini puramente astratti, limitandosi a insistere sul fatto che i ricorrenti avrebbero dovuto inoltrare la propria

⁵³ V. Corte EDU, sentenza del 16 giugno 2005, ric. n. 18670/03, *Berisha e Haljiti c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*.

⁵⁴ V. Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 1° febbraio 2011, ric. n. 2344/02, *Dristas e altri c. Italia*.

⁵⁵ V. ancora M. PICHL, D. SCHMALZ, “Unlawful’ May Not Mean Rightless”, cit.

⁵⁶ Così D. THYM, “A Restrictionist Revolution?”, cit.

richiesta presso il posto di frontiera di Beni-Enzar⁵⁷. Come si è già detto⁵⁸, i giudici di Strasburgo sembrano, dunque, ignorare le criticità evidenziate dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati. Al tempo del verificarsi degli eventi di causa, non era, infatti, previsto alcun meccanismo per identificare le persone e individuare i migranti che si trovavano nelle condizioni di poter accedere alla protezione internazionale o formulare una richiesta di asilo. Inoltre, l'ufficio di Beni-Enzar era comunque accessibile ai soli richiedenti asilo siriani (e non ai migranti provenienti dall'Africa subsahariana, spesso esposti a profilazione razziale e controlli più severi da parte delle autorità marocchine)⁵⁹. Un approccio siffatto sembra, dunque, attribuire ai canali legali di ingresso sul territorio statale un carattere meramente illusorio⁶⁰, che contrasta apertamente con una delle affermazioni sancite dalla Corte EDU sin dagli albori della sua giurisprudenza⁶¹, quella – espressione del c.d. principio di interpretazione effettiva – in base alla quale «[...] the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective»⁶².

5. Osservazioni conclusive

La preoccupazione con cui parte della dottrina⁶³ ha accolto la pronuncia della Grande Camera nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna* sembra dipendere principalmente dall'errata convinzione che, tramite la sentenza in esame, i giudici di Strasburgo abbiano in qualche misura legittimato le espulsioni collettive di stranieri alle frontiere terrestri *tout court*. L'analisi sopra condotta ha dimostrato che tale assunto non è condivisibile. Tuttavia – sebbene l'esito apparentemente favorevole in misura esclusiva allo Stato convenuto nasconda, in realtà, qualche spiraglio a favore della tutela dei diritti delle persone migranti – le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU nel caso di specie suscitano comunque più di una perplessità. Attraverso interpretazioni non

⁵⁷ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 213.

⁵⁸ V. *supra*, par. 3.

⁵⁹ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 215-218.

⁶⁰ In tal senso v. C. OVIEDO MORENO, "A Painful Slap from the ECtHR", cit.; D. THYM, "A Restrictionist Revolution?", cit.

⁶¹ V. Corte EDU, sentenza del 9 ottobre 1979, ric. n. 6289/73, *Airey c. Irlanda*, par. 24; sentenza del 13 maggio 1980, ric. n. 6694/74, *Artico c. Italia*, par. 33.

⁶² Par. 171 e 221 della sentenza. In generale, sul carattere di evanescenza dei "diritti di frontiera", v. D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, p. 342 ss.

⁶³ V. per tutti C. OVIEDO MORENO, "A Painful Slap from the ECtHR", cit.

del tutto convincenti – quando non addirittura puramente teoriche – delle garanzie procedurali derivanti dal divieto di espulsioni collettive di stranieri⁶⁴, essa è, infatti, pervenuta all’elaborazione di un’ampia eccezione che, in concreto, consente di escludere dall’ambito di applicazione del suddetto divieto l’allontanamento simultaneo di stranieri i quali, in assenza di giustificate ragioni, abbiano “colpevolmente” deciso di attraversare il confine terrestre in modo irregolare, pur potendo avvalersi di effettivi canali di accesso ai mezzi legali di ingresso.

Da ultimo, vale la pena di evidenziare che alla preoccupazione suscitata dalle conclusioni raggiunte sul piano strettamente giuridico, si accompagna anche quella derivante dal linguaggio utilizzato dalla Grande Camera nella pronuncia e dal contesto culturale in cui la stessa pare collocarsi. Facendo in più occasioni riferimento a masse di stranieri che tentano di penetrare le frontiere terrestri europee in modo irregolare, attraverso operazioni pianificate e mediante il ricorso alla forza⁶⁵, i giudici di Strasburgo sembrano cedere alla retorica dell’invasione⁶⁶, propria delle forze politiche europee più

⁶⁴ Vale peraltro la pena di evidenziare che non è la prima volta che la Corte EDU sembra muoversi nella direzione di un deciso ridimensionamento della portata degli obblighi derivanti dall’art. 4 del Protocollo 4 CEDU nel contesto di emergenza migratoria. In particolare, nella sentenza relativa al caso *Khlaifia e altri c. Italia*, cit., essa ha affermato che detta disposizione non garantisce «the right to an individual interview in all circumstances» ma solamente che ciascuno straniero abbia «a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion» e «those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State» (par. 248). Sul caso *Khlaifia*, v. M.R. MAURO, *Detention and Expulsion of Migrants: The Khlaifia v. Italy Case*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2015, p. 85 ss.; A.I. MATONTI, *Garanzie procedurali derivanti dall’art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso Khlaifia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 523 ss.; A. SACCUCCI, *I ‘ripensamenti’ della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive ‘alla prova’ delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 552 ss. In generale, sull’operare del contesto di emergenza migratoria come possibile fattore di attenuazione delle garanzie procedurali derivanti dal divieto di espulsioni collettive, v. A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 29 ss.

⁶⁵ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., par. 201, 210-211, 231.

⁶⁶ A dir poco inquietanti sono le parole utilizzate dal Giudice Pejchal, che, nella sua opinione concorrente alla sentenza in commento, sembrerebbe velatamente suggerire che i diritti e le libertà sanciti nella CEDU e nei suoi Protocolli addizionali dovrebbero essere riconosciuti unicamente ai cittadini europei – in quanto, a suo parere, sarebbero i soli ad assolvere regolarmente ai propri obblighi fiscali e, in ultima analisi, a consentire il funzionamento del Consiglio d’Europa e della stessa Corte – e che la Corte EDU non dovrebbe dedicare il suo tempo all’esame di ricorsi proposti da cittadini africani, i quali, se non pienamente soddisfatti degli standard di tutela dei diritti umani nei propri Stati di origine, avrebbero ben potuto adire la Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli (par. 3 e 6). Oltre che moralmente inaccettabili, tali suggestioni sembrano porsi in contrasto con il divieto di discriminazione, come

autoritarie e sovraniste⁶⁷. La speranza è che ciò non rappresenti una concessione della Corte EDU alle pressioni esercitate dagli Stati maggiormente impegnati nella gestione dei flussi migratori e, pertanto, più inclini alla realizzazione di forme repressive di respingimenti alle frontiere terrestri⁶⁸. Se così fosse, la sentenza in esame costituirebbe non solo un ulteriore campanello di allarme che sembra confermare la sensazione che la giurisprudenza della Corte EDU stia spostando a favore degli Stati il punto di equilibrio nel bilanciamento tra il diritto alla gestione dei confini e gli obblighi internazionali di tutela dei migranti⁶⁹, ma, più in generale, il punto di avvio di un percorso che potrebbe portare a un indebolimento del ruolo della Corte EDU come organo giurisdizionale preposto alla tutela dei diritti fondamentali degli individui.

previsto nei principali strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, sia a livello universale sia regionale.

⁶⁷ In questo senso, v. anche A. BUFALINI, “Ancora a margine del caso *N.D. & N.T. c. Spagna*: la retorica dell’invasione si fa largo a Strasburgo?”, *Blog ADiM*, 31 luglio 2020. Secondo l’Autore, anche il più importante elemento di novità introdotto dalla sentenza della Grande Camera – vale a dire, la condotta colpevole del migrante quale elemento idoneo a legittimare la prassi dei respingimenti sommari alla frontiera – può senza troppe forzature essere ricondotto a un’adesione implicita alla retorica dell’invasione (p. 3).

⁶⁸ Così L. RIEMER, “The ECtHR as a Drowning ‘Island of Hope?’ Its Impending Reversal of the Interpretation of Collective Expulsion Is a Warning Signal”, *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 19 febbraio 2019.

⁶⁹ Per una disamina della giurisprudenza della Corte EDU attraverso questa lente, v. F. DE VITTOR, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 2020, p. 81 ss.

La crisi migratoria di inizio 2020 al confine greco turco. Brevi considerazioni alla luce delle prese di posizione degli attori coinvolti

ANDREA SPAGNOLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crisi migratoria di inizio 2020 e le prese di posizione degli attori coinvolti. – 3. La natura giuridica dello *EU-Turkey Statement* alla luce delle suddette prese di posizione. – 4. Le accuse di illecite mosse alla Turchia, le giustificazioni di quest'ultima e le possibili reazioni dell'UE e della Grecia. – 5. Brevi riflessioni conclusive.

ABSTRACT: Prendendo le mosse dalle dichiarazioni ufficiali e dalle note rese pubbliche dall'UE e dai Governi greco e turco a margine della crisi migratoria di inizio 2020, il presente contributo tenta di offrire un'analisi critica dello *EU-Turkey Statement* del 18 marzo 2016 e delle condotte poste in essere dalla Turchia e dalla Grecia ai rispettivi confini alla luce del diritto internazionale. In particolare, il contributo offre alcuni spunti di riflessione sulla natura giuridica dello *statement* e sulle sue conseguenze e sulle aporie delle proteste reciproche degli attori coinvolti.

PAROLE CHIAVE: *EU-Turkey Statement* – trattato internazionale – contromisure – Lesbo – crisi migratoria – Siria.

1. Introduzione

La crisi migratoria che, a inizio 2020, ha causato l'afflusso di un elevato numero di richiedenti asilo siriani al confine greco-turco ha messo in luce le contraddizioni che caratterizzano le relazioni tra UE, Stati membri dell'UE e Turchia in relazione alla gestione dei flussi migratori. In particolare, tali contraddizioni hanno a che vedere, da un lato, con l'adozione, l'attuazione e ora il possibile rinnovo dello *EU-Turkey Statement* (in seguito, *statement*) del 18 marzo 2016¹ e, dall'altro, con talune presunte violazioni di norme di diritto internazionale generale violate dalla Turchia.

In un susseguirsi di dichiarazioni e note ufficiali, i rappresentanti dei Governi greco e turco e della stessa UE hanno reso evidente la necessità di approcciare la vicenda nei termini imposti dal diritto internazionale, sia per quanto riguarda la valutazione della natura stessa dello *statement*, sia per ciò che concerne l'eventuale reazione a illeciti posti in essere dal Governo turco. In una simile prospettiva, infatti, le posizioni dei tre attori coinvolti – Grecia,

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Torino, andrea.spagnolo@unito.it.

¹ *EU-Turkey Statement* del 18 marzo 2016, www.consilium.europa.eu.

UE e Turchia – sollevano pesanti interrogativi in ordine alla legittimità delle rispettive azioni e reazioni, a cominciare proprio dalla conclusione dello *statement*.

Muovendosi in questa direzione, il presente contributo svilupperà, sinteticamente, due argomenti.

Il primo riguarda lo *statement* del 18 marzo 2016 che, lungi dall'essere privo di efficacia giuridica, ha offerto la cornice giuridica internazionalistica di riferimento per talune contestazioni che i governi coinvolti si sono reciprocamente mosse e che, dunque, dovrebbe essere ora rinegoziato nel rispetto delle regole sui trattati internazionali.

Il secondo riguarda la tenuta delle accuse di illecito mosse dall'UE e dalla Grecia alla Turchia, delle giustificazioni di quest'ultimo Stato e delle possibili reazioni che l'UE e la Grecia stessa avrebbero potuto adottare per ripristinare la legalità.

Nell'illustrare tali argomenti, il lavoro intende anzitutto presentare al lettore per sommi capi le cause e la drammaticità della crisi migratoria al confine greco-turco, prima di esporre il contenuto delle dichiarazioni e delle note dei Governi coinvolti e dell'UE, al fine di condurre un'analisi delle stesse finalizzata allo sviluppo dei due argomenti poc'anzi accennati e a offrire alcune riflessioni conclusive di natura generale.

2. La crisi migratoria di inizio 2020 e le prese di posizione degli attori coinvolti

L'intervento militare turco nel nord della Siria, che, iniziato a gennaio 2020, ha raggiunto il suo culmine a inizio marzo 2020, avrebbe causato secondo l'OCHA, circa novecentomila sfollati solo nel mese di febbraio dello stesso anno², nel momento di massima tensione della crisi migratoria. A oggi, si contano più di 2,7 milioni di sfollati³. Tale situazione ha aggravato il numero dei richiedenti asilo siriani sul territorio turco, stimato intorno ai 4 milioni⁴. L'inevitabile pressione causata dalla crisi umanitaria in atto all'inizio del 2020 ha portato il Governo turco ad adottare la decisione di "far transitare" i potenziali richiedenti asilo attraverso il proprio Paese, permettendo loro di

² UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), *Syrian Arab Republic, Recent Developments in Northwest Syria, Flash Update – As of 20 February 2020*, www.humanitarianresponse.info.

³ OCHA, *Syrian Arab Republic, Recent Developments in Northwest Syria and RAATA Situation, Report No. 27 – April-May 2021*, reliefweb.int.

⁴ UNHCR, *Refugees and Asylum Seekers in Turkey*, www.unhcr.org.

giungere al confine (anzi: ai confini) con la Grecia e, quindi, con l'UE. È legittimo ritenere, ancorché tale riflessione esuli dall'analisi giuridica, che una siffatta decisione sia stata presa con precise finalità politiche⁵.

Sebbene il transito dei migranti abbia interessato tutte le linee di confine che separano la Grecia dalla Turchia⁶, la pressione si è concentrata maggiormente sull'isola di Lesbo, rendendo critica la gestione delle persone che, giorno dopo giorno, a migliaia, raggiungevano l'isola.

La situazione veniva aggravata dall'atteggiamento repressivo delle autorità greche, che decidevano di "militarizzare" le aree di confine, dichiarando di non accettare ulteriori richieste di asilo, respingendo potenziali richiedenti con ogni mezzo, ed invocando l'art. 78, comma 3, del TFUE, che stabilisce che il Consiglio possa adottare misure temporanee a beneficio di uno Stato membro dell'Unione che affronti una situazione di emergenza⁷.

La situazione emergenziale venutasi a creare ha inasprito le condizioni in cui i richiedenti asilo già permanevano sull'isola, provocando lo sdegno della società civile internazionale, che non ha mancato di evidenziare le gravi violazioni dei diritti umani subite da quelle persone⁸.

Come anticipato nell'introduzione, la fase acuta della crisi migratoria è stata accompagnata da una serie di dichiarazioni, prese di posizione ufficiali e note diplomatiche dei Governi turco e greco e dell'UE che è bene ricapitolare.

Il 3 marzo 2020 il Primo Ministro greco, al termine di un incontro con i Presidenti del Consiglio europeo, della Commissione e del Parlamento europeo, esordiva dichiarando che la condotta del Governo turco consistente nel "lasciar passare" (o addirittura di incoraggiare il transito de)i richiedenti asilo verso i confini con la Grecia costituirebbe una «full breach of the EU-Turkey statement»⁹. Il richiamo alle possibili violazioni dello *statement* del 18 marzo 2016 è presente in vari punti del discorso, ma assume un particolare interesse quando si traduce nella seguente affermazione: «Turkey blatantly violates the EU Turkey statement, according to which Turkey must retain refugees in its territory, while preventing illegal pathways to

⁵ Per un'analisi v. P. HASKI, "Il ricatto della Turchia all'Europa sui migranti e sulla Siria", *Internazionale*, 2 marzo 2020. V. anche ECRE, *Amnesty Report Documents Forced Returns from Turkey to Syria*, www.ecre.org.

⁶ V. UNHCR, *Turkey Operational Update March 2020*, reliefweb.int.

⁷ Dichiarazione del Primo Ministro greco del 1° marzo 2020, twitter.com/.

⁸ V., ad esempio, l'intervista del Direttore della sezione dedicata ai diritti di migranti e rifugiati di Human Rights Watch del 6 marzo 2020: www.hrw.org.

⁹ *Statements by Prime Minister Kyriakos Mitsotakis in Kastanies, Evros, following his visit with the heads of the EU institutions at the Greek-Turkish border*, 3 marzo 2020, primeminister.gr.

Greece»¹⁰. Sembra che il Primo Ministro greco si riferisse anzitutto alla parte dello *statement* in cui la Turchia si impegnava a prevenire la creazione di nuove rotte illegali verso l'UE¹¹.

Non è tutto. L'ingresso "illegale" (*sic!*) di individui sul territorio greco veniva tratteggiato dal Premier come una violazione della sovranità: «a breach of our sovereign territory, with people of unknown origin and unknown purposes at the forefront, who don't hesitate to blatantly use violence to enter Greek territory»¹², riconducibile, in ultima istanza, al Governo turco.

Da ultimo, il Primo Ministro greco sembrava voler offrire una giustificazione alla condotta repressiva nei confronti dei migranti dei propri organi affermando che «[i]t is my responsibility to safeguard the integrity and sovereignty of my country, and I intend to do that. It is the duty of the EU to assist Greece and they will do that. So, we respond in order to protect our borders and to ensure the safety of all of Europe»¹³, e invocando la conformità delle proprie azioni al diritto europeo e internazionale.

Lo stesso giorno, i Presidenti delle tre istituzioni europee presenti all'incontro hanno rilasciato dichiarazioni volte ad affermare la necessità di rispettare il diritto europeo, internazionale e dei diritti umani, in particolare invocando il rispetto della dignità umana¹⁴. Dal punto di vista giuridico, merita sottolineare i richiami del Presidente del Consiglio europeo e del Parlamento europeo al rispetto da parte della Turchia dell'accordo (*sic!*) del 2016: «Indeed we have an agreement with Turkey on migration and indeed it's very important to implement this agreement»¹⁵, sosteneva Michel; «We are also here for a third reason: to let Turkey know that we are here to talk. Turkey should respect the agreements!», dichiarava Sassoli¹⁶.

Di contenuto assai simile risultava la dichiarazione congiunta dei Ministri degli Affari Esteri dell'UE, rilasciata a seguito di una riunione straordinaria del Consiglio tenutasi il 6 marzo 2020, dove tuttavia veniva fatto un

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Il punto 3 dello *statement* recita testualmente: «Turkey will take any necessary measures to prevent new sea or land routes for illegal migration opening from Turkey to the EU, and will cooperate with neighbouring states as well as the EU to this effect».

¹² *Statements by Prime Minister Kyriakos Mitsotakis in Kastanies, Evros*, cit.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ «And of course, it's crucial to act in a proportionate manner and to show respect for human dignity and to show respect for international law». *Remarks by President Charles Michel following his visit to the Greek Turkish border*, 3 marzo 2020, www.consilium.europa.eu.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ La dichiarazione di Sassoli è rinvenibile allo stesso indirizzo della dichiarazione del Primo Ministro greco.

passo ulteriore nel senso di accomodare la posizione del Governo greco. Infatti, dopo aver chiarito che «[t]his situation at the EU external border is not acceptable. The EU and its Member States remain determined to effectively protect EU's external borders. Illegal crossings will not be tolerated»¹⁷, la dichiarazione paventa il ricorso a tutte le misure necessarie nel rispetto del diritto europeo e internazionale e chiude (la parte relativa alla crisi migratoria) con un richiamo alla Turchia al rispetto del *Joint Statement* (cit.) del 2016¹⁸.

La “replica” del Governo turco non si faceva attendere. Nello stesso giorno – il 6 marzo – veniva rilasciata una nota con cui Ankara evidenziava due punti forti e lasciava intuire una possibile risposta alle “accuse” congiunte greco-europee¹⁹.

Anzitutto, il Governo turco imputava alla Grecia e all’UE la violazione dei diritti degli individui che tentavano l’attraversamento del confine greco-turco, richiamando i due soggetti al rispetto delle norme relative alla protezione dei rifugiati (Convenzione di Ginevra del 1951) e delle stesse norme del Sistema europeo comune di asilo.

In secondo luogo, e in chiusura, anche il Governo turco si appellava esplicitamente al rispetto – questa volta da parte dell’UE – dello *statement* del 18 marzo del 2016.

Più in filigrana sembra potersi leggere una forma di giustificazione, che prima abbiamo definito risposta, alle accuse rivolte dalla Grecia. Nella parte iniziale della nota, infatti, si poteva leggere che «the EU has still not been able to comprehend the extraordinary burden stemming from migration and security challenges that Turkey has been encountering, as well as the efforts we have made», lasciando intuire quali fossero gli argomenti giuridici a cui il Governo turco avrebbe fatto ricorso nel caso in cui gli fossero state formalmente imputate violazioni di norme di diritto internazionale.

¹⁷ *Statement of the Foreign Affairs Council*, 6 March 2020, www.consilium.europa.eu.

¹⁸ *Ibidem*: «In this regard, the EU and its Member States will take all necessary measures, in accordance with EU and international law».

¹⁹ *Press Release No. 68 of 6 March 2020 regarding the EU Foreign Affairs Council's Statement*, www.mfa.gov.tr.

3. La natura giuridica dello *EU-Turkey Statement* alla luce delle suddette prese di posizione

Una superficiale analisi delle tre dichiarazioni nel loro complesso consente anzitutto di formulare alcune brevi riflessioni con riferimento al valore giuridico dello *statement* tra UE e Turchia del 18 marzo 2016²⁰.

Naturalmente non si può sottacere che il Tribunale abbia, nel 2017, nella causa *NF c. Consiglio europeo*, avvalorato la tesi, sostenuta dall'Istituzione convenuta, secondo cui lo *statement* non sarebbe stato concluso dall'Unione, bensì dai propri Stati membri a prescindere dalla sua qualificazione giuridica come trattato o come mera dichiarazione politica, sulla quale, com'è noto, il Tribunale non si è pronunciato²¹.

Proprio l'incertezza circa la natura giuridica dell'atto – questione lasciata aperta anche dalla Corte di giustizia in sede d'appello – giustifica alcune speculazioni alla luce delle dichiarazioni e delle note esposte nel precedente paragrafo.

In tale prospettiva, le veementi prese di posizione del Governo greco e dell'UE, orientate a richiamare la Turchia al rispetto dello *statement* del 2016 lasciano intendere che tali attori intendessero sin da subito l'atto in questione come idoneo a produrre effetti giuridici. D'altronde solo così si spiegherebbe il ricorso a espressioni quali “*full breach*” e “*blatant violation*”, pronunciate dal Primo Ministro greco nel suo discorso.

In linea con tale conclusione si pongono le dichiarazioni del Presidente del Consiglio europeo e del Presidente del Parlamento europeo che impiegano finanche il termine “*agreement*”, nel riferirsi allo *statement*.

Più complessa da inquadrare risulta essere la nota del Governo turco che approccia la questione dell'attuazione dell'accordo in termini ambigui: «it is primarily the EU that should be implementing the 18th March Statement in its entirety»²². Ancorchè il citato passaggio non lasci intravedere con chiarezza la posizione del Governo turco sulla natura giuridica dello *statement*, in un passaggio successivo della nota del Ministero degli affari esteri – peraltro già citato nel precedente paragrafo – è possibile rinvenire un tentativo di giustificare l'eventuale violazione dello *statement* sul piano del diritto internazionale, e in particolare delle cause di sospensione dei trattati

²⁰ Su cui v. *ex multis* C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: criticità di un accordo a tutti i costi*, in *Quaderni di SIDIBlog* 2016, 2017, p. 77 ss.

²¹ Tribunale, ordinanza del 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*.

²² *Press Release No. 68 of 6 March 2020*, cit.

internazionali. Riferendosi alla dichiarazione congiunta dei Ministri degli affari esteri degli Stati membri dell'UE, si affermava che questi non avrebbero compreso l'onere sopportato dalla Turchia nella gestione dei migranti.

Pur non richiamandole espressamente, non pare azzardato avanzare l'ipotesi che il Ministero degli affari esteri turco facesse riferimento all'impossibilità sopravvenuta quale motivo per sospendere l'esecuzione degli obblighi contenuti nello *statement*, oppure allo stato di necessità, se si sposta l'attenzione sulle cause di giustificazione dell'illecito. Benché sia appena il caso di sottolineare, prima di fare un rimando al paragrafo 4 di questo lavoro, che, nel merito, la tenuta di simili giustificazioni non appaia plausibile, la sola ipotesi della loro invocazione permette di concludere che anche il Governo turco si ritenesse vincolato al rispetto dello *statement* del 18 marzo 2016.

La breve analisi condotta permette una riflessione parzialmente conclusiva sulla portata del contenuto dello *statement*. A prescindere dalla sua formale qualificazione, le dichiarazioni esaminate sembrano anzitutto conferire allo *statement* del marzo 2016 un valore giuridico che, quanto meno, può dar luogo a proteste sul piano internazionale. Tale circostanza suggerisce due possibili conclusioni.

In virtù della prima, lo *statement* potrebbe essere annoverato tra quelle dichiarazioni rese al termine di incontri al vertice che, indicando certe condotte, impegnano gli Stati su un piano «purement politique»²³, ma che, nondimeno, ingenererebbero aspettative negli altri partecipanti alla dichiarazione in virtù del principio di buona fede²⁴. Naturalmente, ciò deve emergere dal contesto in cui il documento è adottato e dal suo contenuto²⁵, ma non sembra azzardato ritenere che il contesto e il contenuto dello *statement* siano idonei a testimoniare una certa “vincolatività” del documento.

Tuttavia, la prassi esaminata nel precedente paragrafo induce a vagliare una seconda possibilità. Le prese di posizione dei Governi greco e turco e dell'UE, manifestate nel corso della crisi migratoria di inizio 2020, altro non farebbero che avvalorare la tesi di chi ha sempre sostenuto il carattere

²³ M. VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée Juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales)*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1983, I, p. 227, par. 144 e p. 230, par. 151.

²⁴ Cfr. M. VIRALLY, *La distinction*, cit., p. 229, par. 148; A. ODDENINO, *Pacta sunt servanda e buona fede nell'applicazione dei trattati internazionali*, Torino, 2003, pp. 32-33; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Ginevra, 2000, p. 83.

²⁵ Cfr. G. ABI-SAAB, *Cours General de Droit International Public*, in *Recueil des Cours*, Vol. 207, L'Aia, 1987, p. 160-161.

giuridicamente vincolante dello *statement*, a cui si può applicare la definizione di trattato nel diritto internazionale, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia²⁶. Com'è noto, quest'ultima ha privilegiato una definizione di accordo fondata sull'effettiva volontà delle Parti di volersi vincolare a un obbligo giuridico²⁷.

Le prese di posizione degli attori coinvolti sembrano confermare che, a prescindere dalla forma scelta, le Parti ritengono lo *statement* un documento che contiene obblighi giuridici, la cui mancata attuazione può essere oggetto di protesta sul piano internazionale. Si tratterebbe, dunque, di un trattato internazionale.

Se così fosse, naturalmente s'imporrebbe con maggiore vigore la necessità di mettere lo *statement* in relazione con le regole del diritto dell'UE in materia di conclusione dei trattati, ciò che porterebbe senza dubbio ad argomentare nel senso della violazione dell'art. 218 TFUE, che definisce le competenze delle istituzioni europee nella conclusione di accordi internazionali. L'assenza di un qualsiasi atto formale ascrivibile alle forme e alle procedure previste in quell'articolo è già di per sé indice di un atto invalido, per lo meno dal punto di vista del diritto dell'UE²⁸.

A una siffatta affermazione potrebbe opporsi l'argomento – già fatto proprio dal Tribunale – relativo alle Parti dello *statement*, che, in virtù di quella ricostruzione, sarebbero gli Stati membri dell'UE, e non quest'ultima.

Le proteste manifestate su un piano ufficiale da rappresentanti di alto livello delle istituzioni dell'Unione, d'altro canto, fanno invece propendere per una soluzione di segno opposto: sia il Presidente del Consiglio europeo, sia il Presidente del Parlamento europeo, nonché, tre giorni dopo, i Ministri degli affari esteri dell'Unione riuniti nel Consiglio hanno invocato la violazione e richiesto il rispetto dell'accordo (*sic!*) concluso con la Turchia nel 2016. È interessante, fra tutte, menzionare la dichiarazione di Charles Michel, non foss'altro perché, curiosamente, il Presidente del Consiglio

²⁶ V. E. CANNIZZARO, *Disintegration Through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.; O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du 'machin' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 10 June 2016; M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 11 aprile 2016.

²⁷ CIG, sentenza sulla giurisdizione e sull'ammissibilità del 1° luglio 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain* (Qatar v. Bahrain).

²⁸ V. F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 14. Sulle violazioni delle prerogative del Parlamento v. in particolare M. GATTI, *La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione*, cit.

europeo si riferisce all'accordo con la Turchia impiegando la prima persona al plurale.

Nella direzione appena accennata sembra potersi ascrivere anche il contenuto della nota rilasciata dal Governo turco, nella parte in cui questo Stato richiede all'UE – e non ai suoi Stati membri – il rispetto dello *statement* e lamenta sempre nei confronti della stessa UE la scarsa comprensione delle giustificazioni addotte dalla Turchia.

In estrema sintesi, sembra difficile sostenere che l'UE non sia parte dell'accordo (*rectius, statement*)²⁹ e, per tale ragione, la sua partecipazione avrebbe dovuto rispettare i crismi del diritto europeo.

Un'ultima – ma non in ordine d'importanza – considerazione va dedicata alle conseguenze dell'applicazione dello *statement* quale accordo internazionale sul piano della tutela dei diritti umani. Già prima della più recente crisi migratoria la lettura dello *statement* sollevava pesanti interrogativi circa la sua compatibilità con il diritto dei rifugiati e con i diritti umani, in particolare il diritto a non essere respinti, sia nella sua accezione propria di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, sia quale conseguenza della protezione “indiretta”, ricavabile dal divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti³⁰. Apparivano e appaiono tuttora critici i meccanismi previsti nello *statement*, sia nell'identificazione della Turchia quale “Paese sicuro” verso cui vengono rimpatriati, sia perché la loro attuazione comporta un sovraccarico eccessivo del sistema greco di gestione delle domande d'asilo, già ritenuto carente e lesivo dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della CEDU³¹.

I fatti occorsi sull'isola di Lesbo nel marzo 2020, imputabili anche al Governo greco, hanno dimostrato, semmai fosse necessario, la fondatezza di tali interrogativi. Inoltre, offrono la possibilità di ragionare sull'invalidità dello *statement* alla luce dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati³², in considerazione, in particolare, della violazione, diretta e indiretta, del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti³³.

²⁹ V. ancora F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea*, cit., p. 18; v. anche E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism*, in *European Papers*, 2016, p. 253.

³⁰ V. ancora E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia*, cit. e F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea*, cit., p. 13.

³¹ Cfr. Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *MSS c. Belgio e Grecia*.

³² Che, com'è noto, disciplina la causa di invalidità dei trattati internazionali dovuta al contrasto con norme di diritto imperativo.

³³ Tesi avanzata da J. POON, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 1197. Per una posizione più cauta v. M. DEN HEJIER, T.

4. Le accuse di illecito mosse alla Turchia, le giustificazioni di quest'ultima e le possibili reazioni dell'UE e della Grecia

La crisi migratoria di inizio 2020 è meritevole di commento anche per le accuse di illecito mosse alla Turchia da parte della Grecia e per le conseguenze che tali accuse hanno generato.

Occorre nuovamente partire dalla presa di posizione del Primo Ministro greco, che qualifica la condotta complessiva turca come una violazione della sovranità territoriale della Grecia.

Le indicazioni che emergono dalla lettura della sua dichiarazione sembrano confermare che il Primo Ministro voglia affrontare l'intera vicenda sul piano del diritto internazionale («what happens in the Greek borders is an international political issue of the utmost importance, and it must be addressed as such») attribuendo alla Turchia la violazione della propria sovranità territoriale:

«Greece do not accept this situation which is demonstrated by all kinds of evidence: public statements by President Erdogan threatening to open the gates to allow the entry of migrants into Europe, videos showing Turkish buses transferring thousands of people for free accompanied by Turkish gendarmerie, testimonies of those who arrived in Evros, as well as messages from smugglers who talk about allegedly open borders»³⁴.

Appare altresì, sempre dalla citata dichiarazione, che il Primo Ministro qualifichi il rifiuto di nuovi ingressi come una “reazione” della Grecia alla pretesa commissione di tale illecito.

È utile dunque interrogarsi sul primo aspetto, cioè sull'argomento secondo cui la Turchia stesse violando la sovranità territoriale della Grecia permettendo, consapevolmente, che potenziali richiedenti asilo stanziati sul proprio territorio transitino verso i confini greci³⁵.

La questione è complessa. Pare plausibile ritenere che il transito consapevole di individui da un territorio di uno Stato a un altro senza il consenso di quest'ultimo in astratto possa dar luogo a un illecito internazionale del

SPIJKERBOER, “Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?”, *EU Law Analysis*, 7 April 2016.

³⁴ *Statements by Prime Minister Kyriakos Mitsotakis in Kastanies, Evros*, cit.

³⁵ In argomento v. di recente G. VICINI, *Illecito internazionale e diritto dei rifugiati*, in A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie e problemi di attribuzione e di accertamento*, Milano, 2017, pp. 93-96. V. *amplius* F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani: l'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009, p. 530 ss.

primo. In questa prospettiva, il Governo greco potrebbe lamentare la violazione del proprio diritto a esercitare una giurisdizione esclusiva sul proprio territorio, sia per l'eccessivo onere economico causato da tali flussi, sia, e forse più incisivamente, per la lesione del proprio diritto a determinare gli ingressi sul proprio territorio³⁶.

Secondo altra dottrina, l'illecito si configurerebbe al realizzarsi di uno specifico elemento soggettivo, quando lo Stato consapevolmente trasferisca verso un altro Stato individui che non hanno *prima facie* diritto d'ingresso sul territorio di quest'ultimo³⁷.

La protesta del Governo greco, dunque, non appare ingiustificabile sul piano del diritto internazionale, ma non ha dato luogo all'adozione di contromisure nei confronti del Governo turco.

L'unica reazione di Atene a tale illecito si è concretizzata nell'esercizio di violente attività di polizia e militari nei confronti degli individui affluiti alle proprie frontiere. Due ovvie circostanze suggeriscono di non qualificare tali azioni alla stregua di reazioni lecite (contromisure).

Anzitutto, le misure messe in atto dal Governo greco sono rivolte verso gli individui, non verso il Governo turco e l'adozione di contromisure, com'è noto, incontra il limite della tutela dei diritti fondamentali³⁸. Nel caso di specie, e come illustrato in precedenza, appare di tutta evidenza che le condotte del Governo greco siano difficilmente compatibili con le norme pattizie e generali poste a tutela dei diritti umani. In questa prospettiva non sembra nemmeno giustificabile la decisione del Governo greco di non accettare più domande d'asilo.

Proprio la circostanza che l'intera vicenda si sia concretizzata in manifeste violazioni dei diritti umani, avrebbe potuto spingere l'UE e i propri Stati membri a reagire *per tale ragione* nei confronti della Turchia, imputandole una violazione di obblighi *erga omnes*³⁹. Ciò non è accaduto.

³⁶ J.I. GARVEY, *Toward a Reformulation of International Refugee Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1985, pp. 494-495; H.R. GARRY, *The Right to Compensation and Refugee Flows: A 'Preventative Mechanism' in International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 1998, pp. 105-106; R. PISILLO MAZZESCHI, *Flussi di rifugiati e responsabilità dello Stato di origine*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 628 ss.

³⁷ C. TOMUSCHAT, *State Responsibility and the Country of Origin*, in V. GOWLLAND-DEBBAS, *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, The Hague-Boston-London, 1995, pp. 71-72; ma v. *contra* B. STERN, *Commentaires sur la responsabilité de l'Etat d'origine*, in V. GOWLLAND-DEBBAS, *The Problem of Refugees*, cit., p. 81.

³⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, Article 50(1)(b).

³⁹ Una simile possibilità era già stata individuata da F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, cit., p. 531.

Da ultimo, occorre brevemente concentrarsi sulle giustificazioni addotte dal Governo turco alle accuse di illecite mosse dalla Grecia e dall'UE. Giova ricordare come la Turchia si sia "giustificata" invocando una situazione straordinaria, che solleva questioni di sicurezza nazionale.

Come anticipato, se tentassimo di valutare la giustificazione nell'ambito dello *statement* tra UE e Turchia potremmo forse adombrare la tesi che la Turchia stia giustificando il mancato rispetto dell'accordo sulla base di un'impossibilità sopravvenuta. Tuttavia, la categoria in parola richiede la scomparsa dell'oggetto del trattato oppure di una "*legal situation*" necessaria per la sua attuazione⁴⁰. Non sembra questo il caso; così come non sembra potersi configurare l'ipotesi di un mutamento fondamentale delle circostanze, non foss'altro perché tale mutamento sarebbe stato causato dalla stessa Turchia con il suo intervento militare nord della Siria.

Sul piano delle cause di giustificazione dell'illecito, la situazione è più sfumata. L'invocazione di esigenze di sicurezza nazionale è spesso ricondotta nell'ambito dell'eccezione dello stato di necessità. Tre condizioni debbono sussistere affinché una simile eccezione possa essere sollevata con successo: (1) che non vi sia altro mezzo per proteggere un interesse essenziale da un pericolo grave ed imminente; (2) che non si pregiudichi così un interesse essenziale dello Stato o degli Stati nei confronti dei quali l'obbligo esista, ovvero della comunità internazionale nel suo complesso; (3) che lo Stato che lo invochi non abbia contribuito a creare la situazione di necessità⁴¹.

Quanto al primo aspetto, è ragionevole ritenere che, se è vero che tutte le parti concordano sull'esistenza di obblighi tra UE e Turchia, quest'ultima avrebbe potuto ricorrere ai meccanismi in esso previsti, oppure chiedere una ri-negoziazione dei termini dello stesso. Venendo alla seconda condizione, si è già visto che la condotta della Turchia è suscettibile di violare un interesse essenziale della Grecia – il rispetto della sovranità territoriale – e financo contribuire alla violazione di obblighi *erga omnes*, cioè la tutela dei diritti umani. Con riferimento all'ultima condizione, è necessario sottolineare che l'ingente afflusso di potenziali richiedenti asilo è stato causato dall'intervento militare turco in Siria, la cui legittimità è quantomeno dubbia.

Le possibilità per la Turchia di giustificare le proprie azioni sul piano dello stato di necessità appaiono perciò deboli.

⁴⁰ CIG, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*.

⁴¹ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., art. 25.

5. Brevi riflessioni conclusive

Gli argomenti presentati in questo breve contributo permettono di formulare alcune sintetiche riflessioni conclusive.

Si è visto che l'attitudine degli attori coinvolti nella crisi migratoria del 2020 porta a ritenere che *statement* tra UE e Turchia del 18 marzo 2016 contenesse obblighi giuridici, al punto di provocare proteste, su un piano internazionale, in caso di mancato adempimento.

Non è azzardato ritenere, di conseguenza, che lo *statement* sia un trattato internazionale. Ciò dovrebbe indurre a seguire una procedura formale per un eventuale rinnovo dell'accordo.

Su altro fronte, è plausibile ritenere che la condotta del Governo turco di far affluire ingenti movimenti di richiedenti asilo verso i confini con la Grecia costituisca una violazione della sovranità di quest'ultimo Stato, che non pare giustificata o giustificabile.

Stupisce, dunque, che l'UE e la Grecia, in relazione a tale ultima violazione non abbiano agito in contromisura nei confronti della Turchia, anche solo per far valere i diritti dei richiedenti asilo.

Al contrario, la reazione del Governo greco, proprio nei confronti di tali individui, lungi dall'essere equiparabile a una contromisura, si potrebbe configurare come un illecito a sé stante, gettando un'ombra scura sui risvolti umanitari e umani dei fatti di inizio 2020 e delle dichiarazioni rese dagli attori coinvolti.

SEZIONE V

Tutela dei diritti umani, obblighi collettivi e responsabilità internazionale

Considerazioni critiche e di prospettiva sulle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia nel caso *Gambia c. Myanmar*

LORENZO ACCONCIAMESSA*

FRANCESCA SIRONI DE GREGORIO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine della controversia e la loro (eventuale) qualificabilità come atti di genocidio. – 3. La giurisdizione *prima facie* della CIG e il *locus standi* del Gambia. – 4. L'*umanizzazione* dei presupposti per l'esercizio del potere cautelare. – 5. Le misure provvisorie adottate. – 6. Gli sviluppi e le incertezze.

ABSTRACT: L'ordinanza adottata dalla Corte internazionale di giustizia il 23 gennaio 2020, in risposta alla richiesta di misure provvisorie presentata nell'ambito della controversia *Gambia c. Myanmar* e relativa alla presunta violazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, contiene diversi spunti interessanti che, probabilmente, incideranno sulla prosecuzione del giudizio. Il presente scritto esamina le questioni procedurali e sostanziali che emergono dalla medesima. Quanto agli aspetti procedurali, ci si soffermerà, in particolare, sul *locus standi* dinnanzi alla Corte di uno Stato non direttamente leso da violazioni di obblighi *erga omnes partes* e sulle prospettive di *umanizzazione* dei presupposti per l'adozione di misure cautelari in casi aventi ad oggetto gravi violazioni dei diritti umani. Quanto agli aspetti sostanziali, si verificherà l'inquadrabilità degli atti che il Gambia imputa a Myanmar nella fattispecie di genocidio, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, della qualificabilità della popolazione Rohingya come gruppo protetto e, infine, degli ostacoli che si presentano ai fini della prova dell'elemento soggettivo, costituito dall'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. Nelle conclusioni si esamineranno gli sviluppi recenti e le prospettive relative alla prosecuzione del giudizio.

PAROLE CHIAVE: CIG – misure provvisorie – plausibilità – obblighi *erga omnes* – divieto di genocidio – *locus standi*.

1. Introduzione

Il 23 gennaio 2020 la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha adottato un'ordinanza¹ in risposta alla richiesta di misure provvisorie presentata dal Gambia l'11 novembre 2019 nel quadro del contenzioso che lo oppone a

* Dottorando di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti, Università degli Studi di Palermo, in co-tutela con l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne (Francia), lorenzo.acconciamessa@unipa.it. Autore dei par. 3, 4 e 6.

** Dottoranda di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti, Università degli Studi di Palermo, francesca.sironidegregorio@unipa.it. Autrice dei par. 1, 2 e 5.

¹ CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

Myanmar, accusato di violare la Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (Convenzione contro il genocidio). Con il ricorso², fondato sui (presunti) illeciti commessi nello Stato di Rakhine dall'esercito di Myanmar (noto come *Tatmadaw*) e da vari gruppi armati (supportati, sostenuti o quanto meno tollerati dallo Stato) contro il gruppo etnico musulmano dei Rohingya, il Gambia ha chiesto l'accertamento della violazione degli articoli I, III, IV, V e VI della Convenzione suddetta e la conseguente condanna di Myanmar alla cessazione dell'illecito, alla punizione dei colpevoli, alla riparazione dei danni nei confronti delle vittime e alla prestazione di adeguate garanzie di non ripetizione.

L'ordinanza, adottata all'unanimità (con due opinioni separate, l'una della Vicepresidente Xue³ e l'altra del giudice Cançado Trindade⁴, e una annessa dichiarazione del giudice *ad hoc* Kress⁵) contiene degli spunti interessanti, che probabilmente incideranno sulla prosecuzione del giudizio. Inoltre, essa è di particolare rilievo per quanto riguarda alcune importanti questioni procedurali, relative al *locus standi* di uno Stato non direttamente leso da violazioni di obblighi *erga omnes partes* e ai presupposti per l'esercizio del potere della CIG di indicare misure provvisorie.

In questo breve scritto, pertanto, esamineremo la questione tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto quello procedurale. Con riferimento all'aspetto sostanziale, dopo una sintetica ricostruzione dei fatti, daremo una lettura degli stessi ai sensi della giurisprudenza in materia, allo scopo di ipotizzarne la qualificabilità come atti di genocidio (par. 2). Quanto all'aspetto procedurale, analizzeremo le statuizioni della Corte in relazione al requisito della giurisdizione *prima facie* e al *locus standi* del Gambia (par. 3) e ai presupposti per l'esercizio del potere cautelare, nonché lo *standard* probatorio applicato e il materiale probatorio che ne ha consentito il raggiungimento (par. 4). In entrambi i casi, l'analisi critica dell'ordinanza e

² CIG, ricorso introduttivo e richiesta di indicazione di misure provvisorie dell'11 novembre 2019, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

³ CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Separate Opinion* del Vice-Presidente Xue.

⁴ CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade.

⁵ CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Declaration* del giudice *ad hoc* Kress.

delle misure adottate (indicate al par. 5) sarà orientata alla formulazione di alcune osservazioni in merito ai possibili sviluppi del giudizio (par. 6), tenendo a mente le intrinseche differenze (non da ultimo, in relazione alla finalità) che sussistono tra la fase cautelare e la fase di merito nel processo dinanzi alla CIG.

2. I fatti all'origine della controversia e la loro (eventuale) qualificabilità come atti di genocidio

Prima di tutto, qualche ragguaglio sui fatti all'origine della controversia. Secondo quanto riportato da organi delle Nazioni Unite⁶, da media e ONG⁷, a partire dal 9 ottobre 2016 l'esercito di Myanmar e vari gruppi militari hanno commesso gravi violazioni dei diritti umani nei confronti dei Rohingya, definite come una vera e propria campagna di pulizia etnica che ha provocato presumibilmente oltre 10.000 morti. Il tutto è avvenuto in un contesto di violenza e gravi discriminazioni in relazione all'accesso al cibo, alla salute e all'educazione, alla libertà di movimento, al diritto di matrimonio e altre libertà civili. Secondo il rapporto del 12 settembre 2018 della *United Nations Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (IIFMM), gli oltre 600.000 Rohingya rimasti all'epoca in Myanmar si trovavano in grave pericolo e i trattamenti che hanno subito sono qualificabili come genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra⁸. Nel rapporto dell'8 agosto 2019 si arriva a sostenere la messa in atto di una politica di segregazione e, in termini particolarmente netti, si afferma che «there is a strong inference of genocidal intent on the part of the State, that there is a serious risk that genocidal actions may occur, and that Myanmar is failing its obligation to prevent genocide, to investigate genocide, and to enact effective legislation criminalizing and punishing genocide»⁹.

⁶ Si vedano, a titolo esemplificativo: Consiglio per i diritti umani, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN Doc. A/HRC/39/64 del 12 settembre 2018; Consiglio per i diritti umani, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN Doc. A/HRC/42/50 del 8 agosto 2019.

⁷ Per quanto attiene a contributi della società civile, *ex multis*, v.: Human Rights Watch, «*An Open Prison without End*»: Myanmar's Mass Detention of Rohingya in Rakhine State, 8 ottobre 2020, www.hrw.org; PILPG, *Documenting Atrocity Crimes Committed against the Rohingya in Myanmar's Rakhine State*, settembre 2018, www.publicinternationallawandpolicygroup.org; United States Holocaust Memorial Museum, Fortify Rights, *They Tried to Kill Us All: Atrocity Crimes Against Rohingya Muslims in Rakhine State, Myanmar*, novembre 2017, www.ushmm.org.

⁸ Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/39/64, cit., par. 83-86.

⁹ Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/42/50, cit., par. 90.

Dalla lettura dei rapporti in questione, quindi, sembra potersi sostenere che i fatti allegati siano qualificabili come atti di genocidio sotto il profilo oggettivo. Essi menzionano, infatti, omicidi di massa, stupri e altre forme di violenza sessuale, distruzione sistematica di villaggi e, infine, esecuzioni di massa, condotte che rientrano nell'ambito dell'*elemento oggettivo* della fattispecie di genocidio. Tra gli altri, due elementi appaiono particolarmente significativi in tal senso, segnatamente l'*hate speech* e le violenze sessuali e di genere. L'IIFMM ha analizzato¹⁰ il ruolo che l'*hate speech* e l'incitamento alla violenza, peraltro provenienti da organi statali, hanno avuto nel conflitto in corso nel Rakhine, evidenziando come varie piattaforme comunicative (stampa, media televisivi, radio e *social network*, principalmente Facebook) siano state utilizzate per sviluppare una narrazione distorta e volta a denigrare i Rohingya, presentandoli come una minaccia per la purezza della razza birmana, per l'integrità buddhista, nonché, da ultimo, per lo Stato nel suo complesso. In gran parte tale politica di incitamento all'odio, si è detto, ha utilizzato fonti ufficiali statali di diffusione e trasmissione, elemento senza dubbio rilevante ai fini di un'eventuale attribuzione di responsabilità a Myanmar. In secondo luogo, si sottolinea la dimensione sessuale e di genere alla base delle violenze in corso in Myanmar, ove, come si evince da specifici rapporti¹¹, vige da decenni un clima di sostanziale impunità per crimini sessuali. Si stima, infatti, che circa il 60 per cento delle donne nello Stato di Rakhine abbia subito nel corso della sua vita episodi di violenza sessuale. L'IIFMM nel 2019 ha sostenuto espressamente che il carattere sistematico degli attacchi contro donne e bambine, delle mutilazioni genitali e, più ampiamente, delle violenze che mirano a impedire alle donne di avere futuri rapporti sessuali, integra la fattispecie genocidaria¹². E difatti, gli *Elements of the Crimes* dello Statuto di Roma, così come una giurisprudenza costante dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, elencano specificamente tra gli atti materiali di genocidio i crimini sessuali e di genere, evidenziando come tali condotte possano mirare (e anzi, spesso mirino proprio) alla distruzione del gruppo protetto¹³. In particolare, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda ha ritenuto che le politiche di separazione tra i sessi e di proibizione

¹⁰ N. ZED, *FFM Finding on the Role of Hate Speech*, www.ohchr.org.

¹¹ V., a titolo esemplificativo: Global Justice Centre, *Discrimination to Destruction: A legal analysis of gender crimes against the Rohingya*, settembre 2018, www.globaljusticecenter.net; Human Rights Watch, *"All of My Body Was Pain": Sexual Violence against Rohingya Women and Girls in Burma*, Novembre 2017, www.hrw.org.

¹² Consiglio per i diritti umani, *Sexual and Gender-Based Violence in Myanmar and the Gendered Impact of its Ethnic Conflicts*, UN Doc. A/HRC/42/CRP.4 del 22 Agosto 2019, par. 72.

¹³ CPI, *Elements of Crimes of the Rome Statute*, art. 6, lett. b).

dei matrimoni, così come l'atto di volontariamente mettere incinte donne di un gruppo protetto con «the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group» rientrano nella definizione di genocidio biologico e fisico, rispettivamente tra le misure miranti ad impedire le nascite all'interno di un gruppo e nell'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo stesso¹⁴. L'*elemento soggettivo*, relativo all'intento di distruggere il gruppo protetto, viene approfondito dalla IIFFMM nel già citato rapporto¹⁵ del 16 settembre 2019 indirizzato al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, e nuovamente affermato in svariati altri rapporti dello *Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar*¹⁶ del 20 agosto 2018, 2 maggio 2019 e del 30 agosto 2019. In tali rapporti, l'intento viene presentato come un dato di fatto accertato. Si vedrà, tuttavia, che tale conclusione non è scontata.

Se la qualificabilità come atti di genocidio dei comportamenti adottati in Myanmar deve ancora essere verificata, della loro più generale contrarietà a norme fondamentali di diritto internazionale non sembra potersi discutere. A riprova di ciò, basti considerare che i medesimi fatti hanno dato avvio a delle indagini per crimini contro l'umanità portate avanti dal Procuratore della Corte penale internazionale (di seguito, CPI), a seguito di un'autorizzazione¹⁷ ai sensi dell'art. 15 dello Statuto di Roma dalla *Pre-Trial Chamber III*, emessa solo 3 giorni dopo la presentazione del ricorso alla CIG da parte del Gambia. La giurisdizione della CPI, nel presente caso, è limitata a crimini di carattere transnazionale, con un elemento del fatto commesso

¹⁴ Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 2 settembre 1998, *Procuratore c. J.P. Akayesu*, par. 507-508. Si veda anche la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia. Nello specifico, la Camera di appello, sentenza del 12 giugno 2002, *Procuratore c. D. Kunarac et al.*, par. 125 ss., ha fornito una definizione compiuta di "rape" ai sensi del diritto internazionale penale. In *Krstic* (Tribunale penale per la ex-Jugoslavia, (Camera), sentenza del 2 agosto 2001, *Procuratore c. R. Krstic*) è stato poi stabilito il legame tra violenze sessuali e pulizia etnica che, nel contesto dei crimini commessi nell'enclave di Srebrenica nel 1995, viene associata al genocidio.

¹⁵ Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/39/64, cit., par. 38; 62; 79. Si veda altresì Consiglio per i diritti umani, *Detailed Findings of the IIFFMM*, UN Doc. A/HRC/42/CPR.5 del 16 settembre 2019, par. 528-534.

¹⁶ Assemblea generale, *Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/73/222 del 20 agosto 2018, par. 48; Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/40/68 del 2 maggio 2019, par. 25; Assemblea generale, *Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/74/342 del 30 Agosto 2019, par. 49.

¹⁷ CPI, *Situation: Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27 del 14 novembre 2019.

nel territorio di uno Stato parte dello Statuto di Roma, e nello specifico l'autorizzazione è stata concessa con riguardo ai crimini contro l'umanità di deportazione e persecuzione commessi contro la minoranza Rohingya¹⁸. Si stima, infatti, che circa 700.000 Rohingya siano fuggiti in Bangladesh, ove si trovano in campi per rifugiati in cui le condizioni di vita sono talmente estreme da costituire anch'esse ipotesi di gravissime violazioni del diritto internazionale. Non sussiste invece giurisdizione con riferimento allo Stato di Myanmar, che non è parte dello Statuto di Roma. Ne consegue che la CPI potrebbe pronunciarsi sul crimine di genocidio solo in seguito ad un *referral* della situazione da parte del Consiglio di sicurezza, a norma del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.¹⁹ Peraltro, il 15 novembre 2019 è stato sottoposto ad un giudice argentino un caso concernente i crimini internazionali commessi contro i Rohingya²⁰. Le autorità argentine non hanno ancora deciso *definitivamente* sulla sussistenza della giurisdizione²¹, ma qualora questa fosse riconosciuta, per la prima volta i medesimi fatti risulterebbero parallelamente esaminati da un tribunale penale internazionale, dalla CIG e da un organo giudiziario interno nell'esercizio della giurisdizione universale.

3. La giurisdizione *prima facie* della CIG e il *locus standi* del Gambia

Tornando alla decisione in esame, in particolare ai suoi aspetti procedurali, è appena il caso di ricordare che, ai fini dell'adozione di misure cautelari, la

¹⁸ L'analisi dei requisiti fattuali della giurisdizione della CPI sul crimine contro l'umanità di deportazione (art. 7, par. 1, lett. d)) e di persecuzione su base etnica e religiosa (art. 7, par. 1, lett. h)) è stata esaminata dalla *Pre-Trial Chamber III* nella decisione CPI, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"*, ICC-RoC46(3)-01/18-37 del 6 settembre 2018.

¹⁹ Statuto di Roma, art. 13 lett. b).

²⁰ Burma Campaign, *Complainant files a criminal complaint of genocide and crimes against humanity committed against the Rohingya community in Myanmar - Universal Jurisdiction*, 15 novembre 2019, www.burmacampaign.org.uk.

²¹ Infatti, una decisione di primo grado adottata nel dicembre 2019 ha declinato la giurisdizione argentina, sostenendo che vi sarebbe stata una sovrapposizione con le indagini aperte dalla CPI. Tuttavia, nel maggio 2020 la decisione è stata riformata, e il giudice d'appello ha espressamente affermato che si rendeva necessario un dialogo con la CPI in merito alla possibilità di aprire un'indagine senza che vi fossero duplicazioni (v. Burmese Rohingya Organisation UK (BROUK), *Argentinean Judiciary Moves Closer To Opening Case Against Myanmar Over Rohingya Genocide*, 1 giugno 2020, www.thedailystar.net). Nel settembre 2020, infine, le autorità hanno inviato una nota diplomatica alla CPI sul punto (si veda T. KHIN, "Universal Jurisdiction, the International Criminal Court, and the Rohingya Genocide", *Opinio Juris*, 23 ottobre 2020).

Corte deve innanzitutto convincersi che «the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded»²². Il Gambia ha sostenuto che la giurisdizione della CIG si fonda sugli art. 36, par. 1, dello Statuto CIG e IX della Convenzione contro il genocidio, ratificata da entrambi gli Stati. Ai sensi dell'ultima disposizione – una clausola compromissoria cui né il Gambia né il Myanmar hanno apposto riserve – la giurisdizione sussiste ove vi sia una controversia relativa all'interpretazione, all'applicazione o all'esecuzione della Convenzione.

Sull'applicabilità dell'art. IX non sembra potersi discutere. La Corte ha rigettato l'eccezione del Myanmar secondo cui l'aver apposto una riserva all'art. VIII implicherebbe il venir meno della possibilità di adire la CIG. Quest'ultima norma, infatti, dispone che «ogni Parte contraente può invitare gli organi competenti delle Nazioni Unite a prendere, ai sensi della Carta delle Nazioni Unite, ogni misura che essi giudichino appropriata ai fini della prevenzione e della repressione degli atti di genocidio». Pur costituendo la CIG un organo delle Nazioni Unite, la norma in esame si riferisce all'invocazione di azioni appropriate per la prevenzione e la soppressione di atti di genocidio, e non alla possibilità di sottoporre la controversia a un organo giurisdizionale. Avendo campi di applicazione differenti, la riserva apposta all'art. VIII, afferma la Corte, non si estende all'art. IX²³. Del resto, se l'art. VIII facesse riferimento anche all'ipotesi del ricorso alla CIG (se, cioè, fosse anche una clausola compromissoria implicita), non si spiegherebbe la necessità di una norma specifica in materia.

Affinché vi sia giurisdizione *prima facie* è poi necessario determinare se, come espressamente previsto dalla clausola compromissoria, e sempre all'esito di un giudizio sommario, possa ritenersi esistente una controversia o disputa. A tal fine si richiede, dunque, che le parti siano «in conflict as to their respective rights»²⁴. Nell'atto con cui ha instaurato il giudizio, il

²² V., *ex multis*, CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*, par. 85.

²³ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 35.

²⁴ Sulla necessità di una disputa come condizione per l'esercizio della funzione giurisdizionale della Corte, v. CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, par. 55: «it is not sufficient for a party to assert that there is a dispute, since “whether there exists an international dispute is a matter for objective determination” by the Court». Sulla necessità di accertare la disputa anche nella fase cautelare, nell'ambito della verifica *prima facie* della propria giurisdizione, v., sempre tra le tante, CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*

Gambia ha indicato molteplici atti con cui avrebbe manifestato «its concerns in respect of the conduct of Myanmar». Tra di essi figurano dichiarazioni della Organizzazione della cooperazione islamica, discorsi e affermazioni del Gambia in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite e, soprattutto, la nota verbale inviata l'11 ottobre 2019 dalla Missione permanente del Gambia presso le Nazioni Unite alla Missione di Myanmar, nella quale lo Stato africano esprimeva le sue preoccupazioni sulle gravi violazioni emerse nei rapporti della *UN Fact-Finding Mission*. Il Myanmar non ha mai risposto a tale nota. Alla luce di quanto affermato dalla Corte nel caso *Marshall Islands* del 2016, affinché vi sia una controversia è sufficiente che lo Stato convenuto fosse consapevole, o non potesse non esserlo, che le proprie posizioni erano *positively opposed* dallo Stato attore²⁵. A tal proposito, va ricordato anche un discorso del settembre 2019, davanti all'Assemblea generale, nel quale il Vicepresidente del Gambia si era detto «ready to lead concerted efforts to take the Rohingya issue to the International Court of Justice»²⁶. E così, nell'ordinanza, la Corte riconosce come sufficienti tali elementi per affermare l'esistenza di una controversia tra le parti al momento della presentazione del ricorso da parte del Gambia²⁷.

Occorre sottolineare anche che il Gambia ha proposto l'azione a tutela dei diritti della popolazione Rohingya «to exist as a group, to be protected from acts of genocide, conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, attempt to commit genocide and complicity in genocide»²⁸, nonché a tutela del proprio diritto a che gli obblighi sanciti nella Convenzione siano rispettati da tutti gli Stati membri²⁹. A proposito della legittimazione a far valere presunte violazioni della Convenzione, perpetrate dal Myanmar nel proprio territorio, non è stata accolta l'obiezione di quest'ultimo secondo cui il Gambia non avrebbe titolo a tal fine, in quanto agente solo come sostituto della Organizzazione della cooperazione islamica, i cui 57 Stati membri sostengono il ricorso. Al riguardo, basta rilevare, come ha fatto la Corte, che la Convenzione stabilisce

(*Georgia v. the Russian Federation*), cit., par. 112, secondo cui deve trattarsi di una contrapposizione su questioni di fatto e/o di diritto tra le parti.

²⁵ CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 6 ottobre 2016, *Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, par. 41.

²⁶ Assemblea generale, *8th plenary meeting*, UN Doc. A/74/PV.8 del 26 settembre 2019, p. 31.

²⁷ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 31.

²⁸ *Ivi*, par. 45.

²⁹ *Ibidem*.

obblighi *erga omnes partes*, il cui adempimento ciascuno Stato parte è legittimato a invocare, a prescindere dalla sussistenza di un danno o interesse specifico³⁰. Ed infatti, il rispetto delle norme sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio costituisce un valore condiviso dall'intera comunità internazionale, oggetto di obblighi *erga omnes*³¹ e che hanno rango di *jus cogens*³², come reiterato dalla CIG nel nuovo caso sulle *Attività armate sul territorio del Congo*, sia pur affermando, in quella sede, che ciò non implica che una disputa possa essere sottoposta alla stessa Corte eccependo al principio secondo cui la propria giurisdizione si fonda, sempre, sul consenso degli Stati³³. Essendo finalizzata alla protezione di un interesse comune, peraltro, l'azione dal Gambia è stata pubblicamente sostenuta da Canada e Olanda già all'inizio del mese di dicembre 2019³⁴, precisando successivamente di avere intenzione di intervenire formalmente³⁵, e dal Regno Unito nel gennaio 2020³⁶. Anche il Governo delle Maldive, per sua parte, ha dichiarato di avere intenzione di intervenire nel processo³⁷. Sotto questo profilo, il caso è particolarmente rilevante, giacché, pur non essendo la prima volta che uno Stato non direttamente leso invoca la violazione di norme *erga omnes partes* – essendo ciò avvenuto già nel caso sull'*Obbligo di perseguire o estradare*³⁸, peraltro superando i limiti che la CIG aveva posto

³⁰ Ivi, par. 41: «the obligations in question are owed by any State party to all the other State parties to the Convention. [...] It follows that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view of ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, and to bring that failure to an end».

³¹ CIG, sentenza su giurisdizione e ammissibilità del 3 febbraio 2006, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Ruanda)*, par. 64.

³² *Ibidem*.

³³ Ivi, par. 125.

³⁴ Governo del Canada, *Joint statement of Canada and the Kingdom of Netherlands regarding the Gambia's action to address accountability in Myanmar*, 9 dicembre 2019, www.canada.ca.

³⁵ Governo dell'Olanda, *Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice*, 2 settembre 2020, www.government.nl. V. anche P. PILLAI, "Canada and The Netherlands: New Intervention in The Gambia v. Myanmar at the International Court of Justice", *Opinio Juris*, 3 settembre 2020.

³⁶ Burma Campaign, *British Government welcomes Rohingya Genocide Case at ICJ*, 14 gennaio 2021, www.burmacampaign.org.uk.

³⁷ Governo delle Maldive, *The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice*, 25 febbraio 2020, www.foreign.gov.mv. In generale, sull'intervento di Stati terzi v. B.I. BONAFÈ, *La protezione degli Interessi di Stati terzi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, 2014, pp. 199-205.

³⁸ CIG, sentenza del 20 luglio 2012, *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, par. 69: «If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would

nel caso *South West Africa*³⁹ – si tratta del primo caso in cui ciò avviene con riferimento alla Convenzione contro il genocidio⁴⁰.

Stante quanto appena illustrato, non condividiamo la posizione del giudice Xue, secondo cui, se davvero il carattere *erga omnes partes* implicasse la legittimazione di ciascuno Stato membro ad agire davanti alla CIG, allora una riserva alla clausola compromissoria del trattato dovrebbe essere vietata ai sensi del diritto internazionale⁴¹. Lo scopo fondamentale della Convenzione contro il genocidio, come ormai pacifico fin dall'opinione consultiva del 1951 sull'ammissibilità delle riserve, non è, infatti, il deferimento delle controversie alla CIG, bensì la creazione di obblighi di prevenzione e repressione del crimine di genocidio⁴². Anche Xue, d'altronde, ammette che «resort to the Court is not the only way to protect to common interest of State parties in the accomplishment of the high purposes of the Convention»⁴³. In altri termini: sostenere che il carattere *erga omnes partes* implichi detta legittimazione non fa della clausola compromissoria il cuore del trattato (per intenderci: oggetto e scopo di quest'ultimo), rendendo inammissibile una riserva alla clausola in questione. Tutto ciò che

be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to comply with its obligations *erga omnes partes*». Tuttavia, in CIG, sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, la Corte non ha affrontato la questione della legittimazione a ricorrere a tutela di interessi collettivi, ma si veda C.J. TAMS, *Roads Not Taken, Opportunities Missed: Procedural and Jurisdictional Questions Sidestepped in the Whaling Judgment*, in M. FITZMAURICE, D. TAMADA (eds), *Whaling in the Antarctic: Significance and Implications of the ICJ Judgment*, Leiden, 2016, p. 193 ss., p. 204-205.

³⁹ CIG, sentenza del 18 luglio 1966 (seconda fase), *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, par. 88, in cui la Corte ha affermato che nel diritto internazionale non vi sarebbe un «equivalent of an *actio popularis*, or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest».

⁴⁰ Sulla questione si veda più ampiamente M. LONGOBARDO, *The Standing of Indirectly Injured States in the Litigation of Community Interests before the ICJ: Lessons Learned and Future Implications in the Light of The Gambia v. Myanmar and Beyond*, in *International Community Law Review*, 2021, in corso di pubblicazione.

⁴¹ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Separate Opinion* del Vice-Presidente Xue, cit., par. 5-6.

⁴² CIG, opinione consultiva del 28 maggio 1951, *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 23: «The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations».

⁴³ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Separate Opinion* del Vicepresidente Xue, cit., par. 7.

può dirsi è che, se uno Stato non appone detta riserva, pur essendo libero di farlo, accetta che qualsiasi altro Stato Parte possa agire dinanzi alla Corte.

All'esito dell'esame del giudizio (sommario) sulla giurisdizione svolto dalla Corte, e se pure è vero che esso «in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court»⁴⁴, il rigetto delle eccezioni del Myanmar risulta talmente netto da potersi forse ritenere definitivo.

4. L'umanizzazione dei presupposti per l'esercizio del potere cautelare

Venendo ora agli ulteriori presupposti per l'adozione di misure cautelari, essi riguardano, come è noto, il diritto invocato nel processo e, più precisamente: la plausibilità dell'esistenza del diritto di cui si chiede la protezione (*fumus boni iuris*); la sussistenza di un nesso tra tale diritto e le misure richieste; il rischio di un pregiudizio irreparabile e l'urgenza di adottare misure provvisorie di protezione⁴⁵ (*periculum in mora*).

Nell'accertamento di tali elementi, ed è questo il vero *quid pluris* della pronuncia in esame, la CIG si è servita in modo molto ampio dei vari *fact finding reports*, per concludere che i fatti cui fa riferimento il Gambia sono idonei ad essere sussunti nel campo di applicazione della Convenzione contro il genocidio, non essendo necessario, in tale fase, verificare se effettivamente costituiscano violazioni della Convenzione medesima⁴⁶. Tale statuizione consente di riflettere tanto sullo *standard*, quanto sul materiale probatorio su cui la decisione si fonda.

In relazione al primo aspetto, non può negarsi che lo *standard* probatorio richiesto dalla Corte sia stato più basso rispetto al solito. Il parametro della plausibilità dei diritti di cui si chiede la protezione in sede cautelare, pur venendo puntualmente richiamato⁴⁷ nei termini in cui è stato formulato originariamente⁴⁸, è stato applicato in termini particolarmente ampi.

⁴⁴ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 85.

⁴⁵ K. OELLERS-FRAHM, A. ZIMMERMANN, *Article 41*, in A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 1135 ss., p. 1150 ss.

⁴⁶ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 30.

⁴⁷ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 43.

⁴⁸ CIG, ordinanza del 28 maggio 2009, *Obligation to Prosecute or Extradite*, par. 57: «the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible»

Probabilmente, l'attenuarsi del rigore di tale *standard*, nello specifico con riferimento all'intento genocidario (il *dolo speciale* richiesto ai fini dell'integrazione della fattispecie)⁴⁹, può ricondursi a quell'orientamento generalissimo, costituito dalla c.d. *umanizzazione* del diritto internazionale, da anni oggetto di dibattito nella dottrina internazionalistica⁵⁰. D'altronde, almeno di recente, nei casi in cui i beneficiari ultimi delle misure provvisorie siano individui (come, ad esempio, in *Breard*⁵¹ e *LaGrand*⁵², dove la cognizione è stata sommaria e le misure concesse in brevissimo tempo, nonché ancora più recentemente in *Jadhav*⁵³), ovvero, come nel caso di specie (ma anche nei casi relativi alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale⁵⁴ alla *Richiesta di interpretazione* della sentenza del 1962 tra Cambogia e Thailandia⁵⁵), un gruppo di individui vulnerabili, nella fase cautelare sembra manifestarsi una tendenza a superare le logiche tipiche della tradizionale dimensione interstatale del giudizio dinanzi alla CIG. Ciò avviene sulla scorta di un'attenzione più marcata per

⁴⁹ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 56: « In the Court's view, all the facts and circumstances mentioned above [...] are sufficient to conclude that the rights claimed by the Gambia and for which it is seeking protection [...] are plausible».

⁵⁰ Per citare solo i più celebri rappresentanti di tale filone dottrinale, si considerino, T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *The American Journal of International Law*, 2000, p. 239 ss.; C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, L'Aja, 2001; T. MERON, *The Humanization of International Law*, L'Aja, 2006; A.A. CANÇADO TRINIDADE, *International Law for Humankind, Towards a New Jus Gentium* (III ed.), L'Aja, 2020.

⁵¹ CIG, ordinanza del 9 aprile 1998, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*.

⁵² CIG, ordinanza del 3 marzo 1999, *LaGrand (Germany v. United States of America)*. Il ricorso introduttivo del giudizio è stato presentato in data 2 marzo 1999, alle ore 19.30 del pomeriggio, e successivamente la Germania ha presentato l'istanza di adozione di misure cautelari volta a sospendere l'esecuzione della pena di morte nei confronti di LaGrand. Le misure sono state adottate il giorno successivo, *inaudita altera parte*. Più lungo è stato invece il termine decorso tra la richiesta e l'adozione delle misure in CIG, ordinanza del 5 febbraio 2003, *Avena and other Mexican Citizens (Mexico c. United States of America)*.

⁵³ CIG, ordinanza del 18 maggio 2017, *Jadhav (India v. Pakistan)*.

⁵⁴ CIG, ordinanza del 15 ottobre 2008, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*; CIG, ordinanza del 23 luglio 2018, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*. Ma non, invece, in CIG, ordinanza del 19 aprile 2017, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*.

⁵⁵ CIG, ordinanza del 18 luglio 2011, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*.

gli interessi individuali coinvolti⁵⁶, allorché la controversia, per quanto interstatale, insorga con riferimento a norme poste a tutela di diritti umani fondamentali⁵⁷. Se, dunque, il Myanmar ha sostenuto in udienza che lo *standard* della plausibilità dovrebbe estendersi anche all'accertamento dell'intento genocidiario, e che tale *standard* dovrebbe essere particolarmente stringente, quando si tratta di presunte violazioni di particolare gravità⁵⁸ – argomentazione che la Corte ha espressamente rigettato⁵⁹ – noi riteniamo che, almeno nella fase cautelare, sia vero l'opposto. In virtù del carattere fondamentale dei valori di cui si chiede la protezione, e quando il rischio di pregiudizio sia estremamente alto (e, soprattutto, irreversibile, come messo in luce dalla Corte⁶⁰), è sufficiente la *possibilità* dell'esistenza (e quindi della violazione) dei diritti in questione⁶¹,

⁵⁶ T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures? Plausibility and the Interim Protection of Rights Before the ICJ*, in F.M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, L'Aja, 2021, p. 77 ss., p. 78.

⁵⁷ R. HIGGINS, *Interim Measures for the Protection of Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, p. 91 ss, p. 108: «the evolving jurisprudence on provisional measures shows a growing tendency to recognize the human realities behind the disputes of states»; C. MILES, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2017, p. 352-53; E. RIETER, *The International Court of Justice and Provisional Measures Involving the Fate of Persons*, in S. KADELBACH, T. RENSMANN, E. RIETER (eds), *Judging International Human Rights. Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*, Svizzera, 2019, p. 127 ss, p. 167: «The ICJ is less strict about certain aspects of provisional measures in cases involving the fate of human beings».

⁵⁸ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* cit., par. 47.

⁵⁹ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 56.

⁶⁰ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 70: «In view of the *fundamental values* sought to be protected by the Genocide Convention, the Court considers that the rights in question in these proceedings, in particular the right of the Rohingya group in Myanmar and of its members to be protected from killings and other acts threatening their existence as a group, are of such a nature that prejudice to them is capable of causing irreparable harm» (corsivo aggiunto).

⁶¹ *Ibidem*. Ciò, peraltro, in linea con quanto era già stato sostenuto in passato, nel corso dell'elaborazione del test di plausibilità. Si vedano, ad esempio, CIG, ordinanza dell'8 marzo 2011, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Declaration* del giudice Greenwood, par. 4: «What is required is something more than assertion but less than proof; in other words, the party must show that there is at least a reasonable possibility that the right which it claims exists as a matter of law and will be adjudged to apply to that party's case»; CIG, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., *Separate Opinion* del giudice Owanda, par. 10: «[the plausibility test] could and should merely indicate whether there is some arguable possibility – be it high or low – that the asserted rights exist [...]». Il Giudice Owanda cita anche l'opinione di Anzilotti nel caso CPGI, ordinanza del 23 luglio 1933, *Polish Agrarian*

così come la loro effettiva riferibilità al caso di specie. Lo *standard* della plausibilità tende dunque ad essere orientato dall'esigenza di tener conto della *human vulnerability*. Quest'ultima, riteniamo, non sostituisce l'accertamento proprio del test di plausibilità, come pure il giudice Cançado Trindade ha sostenuto⁶², ma opera piuttosto come una *aggravating circumstance* di cui tener conto nel giudizio, come peraltro affermato dal medesimo giudice⁶³. Ed infatti, nell'ordinanza qui commentata la CIG prende atto dell'estrema vulnerabilità cui la popolazione dei Rohingya in Myanmar è esposta, nel momento in cui valuta i requisiti del pregiudizio irreparabile e dell'urgenza⁶⁴. Basta, insomma, che quanto allegato dallo Stato attore lasci presumere la riconducibilità della fattispecie concreta alle norme rilevanti, posto anche che, come ha sostenuto il Gambia, «the fact that some of the alleged acts may also be characterized as crimes other than genocide would not be inconsistent with and should not exclude the plausible inference of the existence of the said genocidal intent»⁶⁵. Richiedere, invece, come ha fatto Myanmar⁶⁶, che l'intento genocidario debba essere dimostrato, significherebbe applicare uno *standard* prossimo alla certezza – seppur fondato sull'accertamento fattuale sommario che caratterizza la fase cautelare – col rischio di non riuscire a prevenire atti che potrebbero essere

Reform and the German Minority (Germany v. Poland), p. 181, secondo cui «the *summaria cognition*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the *possibility* of the right claimed by the German Government, and the *possibility* of the danger to which that right was exposed [...]». E ancora CIG, ordinanza del 29 luglio 1991, *Passage through the Great Belt (Finland c. Denmark)*, *Separate Opinion* del Giudice Shahabuddeen, par. 31: «It is not suggested that the requesting State should anticipate and meet each and every issue which could arise at the merits. How far it should do so in any particular case will depend on the nature and circumstances of the case. What is important is that enough material should be presented to demonstrate the possibility of existence of the right sought to be protected».

⁶² CIG, *Application of the International Convention for the Suppression of the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade, par. 44: «[...] human vulnerability is a test even more compelling than “plausibility” of rights for the indication or ordering of provisional measures of protection. In so acknowledging and sustaining, one is contributing to the ongoing historical process of humanization of contemporary international law».

⁶³ CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, cit., *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade, par. 72: «The extreme vulnerability of the affected persons is an aggravating circumstance, rendering such provisional measures imperative».

⁶⁴ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 72.

⁶⁵ Ivi, par. 46.

⁶⁶ Ivi, par. 47.

qualificati come genocidio. Pronunciandosi nel senso evidenziato, la CIG sembra imporre quella che è stata definita una *humanitarian stasis*, di modo che «during the lull between application and judgment, when the rights of States lie in the scale, it is the human factor that can tip the balance one way or the other»⁶⁷. La rigidità dello *standard* appare dunque, in questo senso, parametrata allo stato di avanzamento del giudizio.

Quanto al materiale probatorio, in questa fase la Corte non ha frapposto particolari ostacoli alla formazione della prova, facendo rinvio agli accertamenti compiuti dalle *UN Fact Finding Mission*. La questione, tuttavia, si porrà nella prosecuzione del giudizio, posto anche che Myanmar ne ha contestato la veridicità, nel corso delle udienze davanti alla CIG e all'esterno⁶⁸. La Corte, infatti, tende ad ammettere ricostruzioni fattuali compiute da *terze parti* solo quando si siano formate mediante un procedimento analogo a quello realizzato davanti a un organo giurisdizionale e, dunque, nel contraddittorio, mediante un controesame dei testimoni o degli autori delle valutazioni⁶⁹. Il giudizio di merito, pertanto, non potrà fondarsi esclusivamente su detti accertamenti, ma la raccolta di ulteriori prove appare alquanto problematica se si considera che la CIG non ha accolto la richiesta del Gambia di ordinare al Myanmar la cooperazione con gli organismi delle Nazioni Unite di accertamento dei fatti⁷⁰.

5. Le misure provvisorie adottate

Passando alle misure indicate dalla Corte – nell'esercizio del potere di cui all'art. 75, par. 2, del Regolamento di procedura che consente di adottare misure in tutto o in parte diverse da quelle richieste – va qui ricordato che esse consistono: (1) nell'adozione, in conformità agli obblighi derivanti dalla Convenzione, di qualsiasi misura idonea alla prevenzione di atti che rientrano nel campo di applicazione della stessa; (2) nell'assicurare ai Rohingya presenti nel territorio del Myanmar che né l'esercito statale, né gruppi armati irregolari agenti sotto la direzione, il controllo o l'influenza dello Stato commettano alcuno degli atti indicati, o cospirino per commettere genocidio, incitino allo stesso, tentino o supportino la

⁶⁷ T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures?*, cit., p. 103.

⁶⁸ N. CUMMING-BRUCE, *Nobel Peace Laureate Could Face Prosecution Over Myanmar Military's Actions*, in *The New York Times*, 17 settembre 2019.

⁶⁹ M.A. BECKER, 'The Challenges for the ICJ in the Reliance on UN Fact-Finding Reports in the Case against Myanmar', *EJIL Talk!*, 14 dicembre 2019.

⁷⁰ Sul punto v. *infra*, par. 5.

commissione di atti di genocidio; (3) nell'adozione di misure finalizzate a prevenire la distruzione delle prove, assicurandone la preservazione, in modo da garantire la punizione degli eventuali responsabili; (4) nella redazione di rapporti, il primo entro il termine di quattro mesi, e successivamente ogni sei mesi, in relazione all'adempimento delle misure indicate che, come è noto, hanno effetti giuridicamente vincolanti⁷¹, i quali non possono essere contestati dal Myanmar, che ha accettato la competenza della CIG⁷². In gran parte le misure imposte costituiscono una riaffermazione degli obblighi imposti dalla Convenzione, come è stato messo in evidenza⁷³, ma hanno comunque il merito di richiamare al rispetto della stessa e di sottoporre l'attuazione alla costante attenzione della Corte nonché, ai sensi dell'art. 41, par. 2, dello Statuto, del Consiglio di sicurezza. Quest'ultimo potrebbe adottare una risoluzione per vigilare sul corretto adempimento degli stessi e per limitare ulteriormente le violazioni, così come per compiere accertamenti e raccogliere prove, sempre che la Cina non eserciti il proprio potere di veto.

La Corte non ha invece accolto la richiesta del Gambia di consentire l'accesso nel territorio dello Stato agli organi di accertamento delle Nazioni Unite, limitandosi a sostenere che «the Court does not consider that its indication is necessary in the circumstances of the case»⁷⁴. Si tratta probabilmente di una scelta di carattere politico. La questione delle prove, infatti, dimostra anche l'intento di facilitare eventuali procedimenti penali individuali davanti alla CPI, organo di cui Myanmar non ha accettato la giurisdizione⁷⁵. E infatti lo Stato si è fortemente opposto⁷⁶ altresì alla creazione da parte del Consiglio dei diritti umani dell'*Independent*

⁷¹ CIG, *LaGrand*, cit., par. 109.

⁷² CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Verbatim Record, Yusuf, CR 2019/18*

⁷³ M. MILANOVIC, 'ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case', *EJIL Talk!*, 23 gennaio 2020.

⁷⁴ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 62.

⁷⁵ Oltre a non avere mai provveduto alla firma e ratifica dello Statuto di Roma, in svariate occasioni lo Stato di Myanmar ha reiterato la sua opposizione all'istituzione. V., tra i molti: Comunicato stampa UN News, *Myanmar 'Resolutely Rejects' ICC Ruling on Rakhine; Voices 'Serious Concerns' over UN Human Rights Report*, 28 settembre 2018, www.operationalsupport.un.org; K. Tint Swe, Union Minister for the Office of the State Counsellor of Myanmar, Discorso al General Debate della 74esima Sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 24 – 30 settembre 2019.

⁷⁶ *Statement dell'Amb. H. Do Suan in risposta al report dello Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar; Agenda item 70(c)*, 74esima Sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 22 ottobre 2019.

*Investigative Mechanism for Myanmar*⁷⁷, considerandola una violazione della propria sovranità e dichiarando che non coopererà in alcun modo alle attività della stessa. Il Meccanismo, creato con la risoluzione 39/2 del 27 settembre 2018, ha il compito di raccogliere, consolidare, preservare ed analizzare prove dei crimini internazionali commessi in Myanmar dal 2011 e di gettare le basi per futuri procedimenti penali⁷⁸. Nonostante il Meccanismo operi nell'ottica della responsabilità penale individuale, il Consiglio per i diritti umani ha specificatamente introdotto una previsione che permette allo stesso di condividere informazioni con la CIG e con le parti del procedimento⁷⁹.

A mo' di reazione, il 30 giugno 2018 il Governo di Myanmar ha istituito una *Independent Commission of Enquiry*⁸⁰ con il compito di «investigate allegations of human rights violations and related issues following the terrorist attacks by the Arakan Rohingya Salvation Army in Rakhine State with a view to seeking accountability and formulating recommendations on steps to be taken to ensure peace and stability in Rakhine State». La Commissione ha pubblicato un *executive summary* del proprio rapporto finale il 21 gennaio 2020⁸¹, giungendo alla conclusione che crimini contro l'umanità e crimini di guerra sono stati potenzialmente commessi nel territorio dello Stato di Rakhine, nella forma di uso eccessivo e non proporzionato della forza da parte di membri dell'esercito, ma che nessuna prova a sostegno di un piano o dell'intento di distruggere in tutto o in parte il gruppo è stata trovata, così come che nessuna linea di condotta genocidaria è emersa dalla ricostruzione degli episodi.

⁷⁷ Consiglio per i diritti umani, *Resolution adopted by the Human Rights Council on 27 September 2018 39/2. Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/RES/39/2 del 3 ottobre 2018.

⁷⁸ Ivi, par. 22: «Decides to establish an ongoing independent mechanism to collect, consolidate, preserve and analyse evidence of the most serious international crimes and violations of international law committed in Myanmar since 2011, and to prepare files in order to facilitate and expedite fair and independent criminal proceedings, in accordance with international law standards, in national, regional or international courts or tribunals that have or may in the future have jurisdiction over these crimes, in accordance with international law». Il Meccanismo ha acquisito tutto il materiale raccolto dalla IIFFMM al termine del mandato della stessa nel settembre 2019.

⁷⁹ Consiglio per i diritti umani, *Situation of Human Rights of Rohingya Muslims and Other Minorities in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/RES/43/26 del 3 luglio 2020, par. 9.

⁸⁰ Governo del Myanmar, *Press Release 8/2018, Government of the Republic of the Union of Myanmar Establishes the Independent Commission of Enquiry*, 30 luglio 2018, www.reliefweb.int.

⁸¹ Attualmente l'*executive summary* e il rapporto completo risultano non più accessibili sul sito del Governo del Myanmar.

6. Gli sviluppi e le incertezze

Attenuazione dello *standard* probatorio a parte, più difficile sarà per il Gambia provare il genocidio in sede di merito. Sui primi due elementi della fattispecie non sembrano porsi particolari problemi. Oltre ai vari rapporti menzionati, è da segnalare, infatti, che la difesa di Myanmar (riproponendo sostanzialmente le conclusioni della Commissione da ultimo citata) ha negato non già l'esistenza dei fatti materiali riportati dal Gambia, quanto la loro qualificabilità come atti di genocidio, ammettendo quindi che dei crimini sono stati sì commessi nel territorio del Rakhine contro soggetti di etnia (tra le altre) Rohingya, ma che tali fatti non costituiscono genocidio. In secondo luogo, non sembra potersi escludere che i Rohingya siano un gruppo etnico che si auto-identifica come tale, a prescindere dalla nazionalità (o apolidia), così come dal mancato inserimento nella lista dei gruppi etnici⁸². Ed infatti la Corte ha sostenuto che «the Rohingya appear to constitute a protected group within the meaning of Article II of the Genocide Convention»⁸³. Sia pure in mancanza di un'ampia argomentazione sul punto, basta rilevare che una compiuta definizione di gruppo protetto è stata data dal Tribunale penale internazionale per il Ruanda fin dalla pronuncia *Akayesu*⁸⁴ (come poi precisato nei casi *Rutuganda*⁸⁵ e, infine, *Musema*⁸⁶). La medesima posizione è stata adottata dal Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (ad esempio nel caso *Jelisić*⁸⁷), il quale è andato persino oltre, specificando che è sufficiente la percezione che gli autori della condotta hanno della appartenenza della vittima al gruppo protetto, anche in mancanza della sua reale affiliazione⁸⁸. In presenza di una giurisprudenza

⁸² CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 15.

⁸³ CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 52.

⁸⁴ Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 2 settembre 1998, *Procuratore c. J.P. Akayesu*, par. 170: «the Chamber finds that there are a number of *objective indicators* of the group as a group with a *distinct identity*» (corsivo aggiunto).

⁸⁵ Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 6 dicembre 1999, *Procuratore c. G.A.N. Rutuganda*, par. 373: «in assessing whether a particular group may be considered as protected from the crime of genocide, it will proceed on a case-by-case basis, taking into account both the relevant evidence proffered and the political, social and cultural context»

⁸⁶ Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 27 gennaio 2000, *Procuratore c. A. Musema*, par. 935.

⁸⁷ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (Camera), sentenza del 14 dicembre 1999, *Procuratore c. G. Jelisić*, par. 69 ss.

⁸⁸ Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (Camera), sentenza del 15 marzo 2002, *Procuratore c. M. Krnojelac*.

consolidata in materia – cui può ritenersi che la Corte, posta la sinteticità che caratterizza una pronuncia cautelare, abbia inteso fare implicito riferimento – non sembra potersi contestare la qualificabilità dei Rohingya come gruppo protetto ai sensi della Convenzione contro il genocidio.

Ciò che sarà difficile da provare è, invece, il c.d. dolo aggravato della fattispecie del genocidio. Nonostante i vari rapporti menzionati abbiano definito come *ongoing genocide* quanto è accaduto e sta accadendo nel Rakhine, nella pronuncia sull'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio la Corte ha stabilito dei parametri particolarmente stringenti per l'accertamento di detto elemento⁸⁹. E per quanto auspicabile sia – sempre in una prospettiva di “umanizzazione” del diritto internazionale – una flessione dello *standard* anche nella fase del merito, come pure è stato sostenuto⁹⁰, sembra poco plausibile che ciò avvenga. Numerose, quindi, sono le difficoltà che si frappongono ad una vittoria nel merito per il Gambia.

Peraltro, ad incidere sulla prosecuzione del giudizio, e sulla stessa partecipazione dello Stato di Myanmar alle successive fasi, vi è il colpo di Stato realizzato dallo stesso *Tatmadaw* in data 1° febbraio 2021⁹¹. Uno degli effetti del golpe strettamente connessi al giudizio dinanzi alla CIG riguarda la questione della rappresentanza dello Stato. Sebbene solo marginalmente esaminata in dottrina, bisogna considerare che tanto l'Agente del Myanmar nel giudizio pendente, Aung San Suu Kyi⁹², quanto il suo sostituto Kyaw

⁸⁹ CIG, sentenza del 16 febbraio 2007, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, par. 373, in cui ha riconosciuto che l'intento potesse desumersi da *inferenze* ma in modo particolarmente stringente: «for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent»; CIG, sentenza del 3 febbraio 2015, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, par. 417: «for the Court, intent to destroy the group, in whole or in part, must be the only reasonable inference which can be drawn from the pattern of conduct». Sul punto si vedano B.I. BONAFÉ, “Responsabilità dello Stato e dell'individuo per crimine di genocidio: persistenti incertezze nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia”, *SIDIBlog*, 20 febbraio 2015; G. LANDI, “Mens rea e responsabilità dello Stato per illecito di genocidio: ancora sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia”, *SIDIBlog*, 12 maggio 2015.

⁹⁰ G. KATHERINE, *The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2010, p. 238 ss.

⁹¹ Sulle possibili implicazioni per la prosecuzione del giudizio, P. PILLAI, ‘Myanmar Coup d'état – Implications for International Justice’, *Opinio Juris*, 11 febbraio 2021.

⁹² BBC, *Aung San Suu Kyi: Trial of Ousted Myanmar Leader Begins*, 14 giugno 2021, www.bbc.com.

Tint Swe⁹³, sono stati arrestati dal Governo militare instaurato a seguito del colpo di Stato. Come rilevato da Milanovic, la questione che si pone riguarda l'eventualità in cui tanto il Governo militare quanto il precedente Governo dovessero comunicare alla CIG la nomina di un nuovo agente⁹⁴.

Inoltre, le misure provvisorie adottate dalla Corte sono state ritenute non particolarmente efficaci in quanto estremamente generiche⁹⁵ e il rispetto delle medesime è stato messo come minimo in dubbio ad alcuni mesi dall'adozione⁹⁶. Queste ultime, tuttavia, hanno avuto comunque il merito non solo di richiamare Myanmar al rispetto dei propri obblighi internazionali, ma anche di portare nuovamente all'attenzione della comunità internazionale fatti gravissimi, qualificabili o meno che siano come genocidio nei termini particolarmente stringenti stabiliti nella Convenzione contro il genocidio e dalla CIG. Peraltro, un importante sviluppo del caso in esame riguarda l'avvenuta introduzione, da parte della CIG, di un meccanismo di monitoraggio sull'attuazione delle misure provvisorie, disciplinato dal nuovo art. 11 della risoluzione relativa alla *Internal Judicial Practice* della Corte⁹⁷. Ai sensi del par. (i), nel momento in cui la CIG indica delle misure cautelari provvede anche alla nomina di tre giudici (diversi da quelli di nazionalità delle parti o dagli eventuali giudici *ad hoc* dalle stesse nominati) che formeranno un Comitato *ad hoc* che coadiuva la Corte nel monitoraggio dell'attuazione delle misure. Il par. (ii) precisa che sarà tale Comitato ad esaminare le informazioni che la parti forniranno in merito all'attuazione delle misure. Il Comitato riferisce poi alla Corte, proponendo

⁹³ Reuters, *Suu Kyi Aide Among new Wave of Arrests in Myanmar: Party Official*, 11 febbraio 2021, www.reuters.com.

⁹⁴ M. MILANOVIC, "Two Questions on Coups and Representation before International Courts, *EJIL Talk!*, 12 maggio 2021. V. anche R. BARBER, "The General Assembly Should Provide Guidance to the UN System on the Question of Who Gets to Represent Myanmar", *EJIL Talk!*, 7 giugno 2021, che, occupandosi della questione della rappresentanza del Consiglio dei diritti umani e, in generale, negli organi delle Nazioni Unite, ha sostenuto che l'Assemblea generale potrebbe adottare una risoluzione, sia pur non giuridicamente vincolante, in merito al riconoscimento del Governo ritenuto legittimo al fine della rappresentanza in seno all'Organizzazione. È comunque difficile immaginare che tale risoluzione avrebbe un qualche effetto nel giudizio dinanzi alla CIG, la quale sarà pertanto, se (o quando?) la questione si porrà, chiamata a trovare una soluzione adeguata.

⁹⁵ M. MILANOVIC, 'ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case', cit.

⁹⁶ P. VENKATRAMAN, A. JORDANA, 'Myanmar's Compliance with the ICJ Provisional Measures Order & the Road Ahead', *UK Human Rights Blog*, 3 settembre 2020.

⁹⁷ CIG, *Risoluzione concernente la prassi giudiziaria interna*, adottata il 12 aprile 1976 ai sensi dell'art. 19 del regolamento di procedura, aggiornata il 21 dicembre 2020. Sul punto v. P. PATARROYO, 'Monitoring Provisional Measures at the International Court of Justice: The Recent Amendment to the Internal Judicial Practice', *EJIL Talk!*, 22 gennaio 2021.

delle “*potential options*” alla medesima⁹⁸, su cui ai sensi del par. (iii) decide in ogni caso la Corte. Non è in ogni caso chiaro se tale procedura si applichi retroattivamente, posto che secondo detta norma la Corte avrebbe dovuto procedere a nominare il Comitato *ad hoc* nell’ordinanza qui commentata. Secondo alcune voci il Myanmar avrebbe trasmesso allo stato attuale solo il primo dei rapporti periodici richiesti dalla Corte in merito all’attuazione delle misure, che in ogni caso non è stato pubblicato.

L’ultima informazione disponibile sul sito web della CIG, nel frattempo, è l’ordinanza del 28 gennaio 2021 con cui si è proceduto all’assegnazione al Gambia del termine per replicare alle eccezioni preliminari sollevate da Myanmar. Non resta, dunque, che attendere ulteriori sviluppi.

⁹⁸ Non è chiaro a cosa tale espressione si riferisca. È verosimile che essa faccia riferimento all’eventualità che la Corte proceda, *proprio motu*, a modificare o revocare le misure (art. 76 del Regolamento di procedura) o ad adottare ulteriori misure o richiedere ulteriori informazioni in merito all’attuazione (o presunta inattuazione) di quelle già disposte. Ed infatti, secondo ormai l’orientamento consolidato, la CIG non procede in ogni caso ad un accertamento della violazione delle misure prima della sentenza finale sul merito. V., al riguardo, CIG, ordinanza del 14 giugno 2019, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, par. 26: «As the Court has already stated, “[t]he judgment on the merits is the appropriate place for the Court to assess compliance with provisional measures”».

Hate speech* e messaggi discriminatori: riflessioni internazionalistiche sul caso *CasaPound c. Facebook

PASQUALE DE SENA*
MARINA CASTELLANETA**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Hate speech* e messaggi discriminatori: il quadro normativo internazionale ed europeo. – 3. Il caso *CasaPound c. Facebook* e la giurisprudenza recente della Corte EDU in tema di *hate speech*, messaggi discriminatori indiretti, e limiti della libertà di espressione. – 4. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: L'ordinanza adottata dal Tribunale civile di Roma (sezione specializzata per l'impresa) il 12 dicembre 2019, nella controversia fra Facebook e CasaPound, mediante la quale è stato ingiunto a Facebook, in sede cautelare, di riattivare il profilo dell'associazione (disattivato nel settembre dello stesso anno, perché ritenuto non conforme agli *Standard* del *social network*, concernenti organizzazioni che incitano all'odio) ha suscitato molte reazioni ed alcuni commenti. Tali commenti attengono in particolare agli aspetti costituzionalistici della vicenda (par.1). In questo scritto s'intende verificare la fondatezza della soluzione scelta dal Tribunale di Roma, alla luce di una sintetica considerazione del quadro normativo internazionale ed europeo rilevante (par. 2), nonché di un approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU, concernente sia l'ipotesi dell'abuso di diritti previsti dalla CEDU, che la libertà di espressione (par. 3). A differenza di quanto ritenuto dal Tribunale di Roma, sia i principi ricavabili dal quadro normativo internazionale ed europeo in tema di discorsi ostili e discriminatori, che la giurisprudenza della Corte europea - relativa ad attività di per sé non istiganti alla violenza, o alla discriminazione, ma atte a provocare tali effetti - spingono a concludere che la disattivazione del profilo Facebook di CasaPound costituisca una decisione legittima da parte della società convenuta (*Facebook Ireland Limited*) (par. 4).

PAROLE CHIAVE: Facebook – CasaPound – libertà di espressione – limiti – norme internazionali ed europee – Corte EDU.

1. Premessa

Secondo un'opinione recentemente espressa¹, l'ordinanza adottata dal Tribunale civile di Roma (sezione specializzata per l'impresa) il 12 dicembre

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, pasquale.desena@unipa.it; pasquale.desena@unicatt.it. Autore dei paragrafi 3 e 4.

** Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, marina.castellaneta@uniba.it. Autrice dei paragrafi 1 e 2.

¹ C. CARUSO, "La libertà di espressione presa sul serio. Casa Pound c. Facebook, atto I", *SIDiblog*, 20 gennaio 2020.

2019, in sede cautelare, nella controversia fra Facebook e CasaPound² sarebbe da considerarsi conforme all'assetto costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero e dei suoi limiti. Ingiungendo a Facebook di riattivare il profilo dell'associazione (disattivato in settembre, perché ritenuto non conforme agli *Standard* del *social network*, concernenti organizzazioni che incitano all'odio), il giudice avrebbe correttamente dato attuazione al principio del pluralismo politico, ricavabile dall'articolo 21 della Costituzione. Quest'ultimo, infatti, al pari di tutti i principi costituzionali, non solo vincola organi pubblici, ma dispiega i suoi effetti anche nei confronti di privati (*Drittwirkung*), per di più quando si tratti di privati che forniscano un servizio di rilievo pubblico – qual è Facebook – ed indipendentemente dalla natura privatistica dei rapporti ai quali l'erogazione di tale servizio si ricollega. Non ricorrendo, inoltre, con riferimento a CasaPound e alle sue attività, né l'ipotesi della ricostituzione del disciolto partito fascista, né quella dell'apologia di fascismo, nessun altro limite potrebbe ritenersi derivante, in relazione alla libera esplicazione di queste attività dall'ordinamento italiano. In assenza di altri *specifici* divieti di natura penale, violati dall'associazione in questione, neppure la stessa, "generica" contrarietà alla Costituzione degli obbiettivi politici da essa perseguiti potrebbe considerarsi, infine, come un motivo legittimo di limitazione del fondamentale diritto a partecipare al dibattito politico, (anche) mediante l'accesso al servizio forniti da Facebook.

Qui di seguito vorremmo verificare se analoghe conclusioni siano effettivamente raggiungibili, anche alla luce di una sintetica considerazione del quadro normativo internazionale ed europeo rilevante (par. 2), nonché di un approfondimento della giurisprudenza della Corte EDU, concernente sia l'ipotesi dell'abuso di diritti previsti dalla CEDU, che la libertà di espressione (par. 3). Ad esito di questa breve analisi, mostreremo che, sotto entrambi i profili, s'impongono considerazioni differenti rispetto all'opinione appena riportata (par. 4).

2. *Hate speech* e messaggi discriminatori: il quadro normativo internazionale ed europeo

Per valutare l'ordinanza del Tribunale civile di Roma è necessario soffermarsi sul quadro normativo internazionale anche al fine di accertare se lo Stato possa incorrere in una responsabilità internazionale, non ostacolando

² Il testo dell'ordinanza resa il 12 dicembre 2019 è reperibile *online* al seguente *link*: [images.go.wolterskluwer.com](https://www.ges.go.wolterskluwer.com).

la diffusione di messaggi di odio, ed anzi impedendo a Facebook di adottare misure volte a fronteggiare la diffusione di opinioni discriminatorie.

Il diritto internazionale non solo non offre alcuna protezione a messaggi di incitamento all'odio o alla discriminazione, ma chiede interventi volti a prevenire e ad arginare la diffusione di detti messaggi, che diventano ancora più pericolosi per la democrazia, quando la diffusione avviene attraverso i *social media*, compromettendo altri diritti umani oggetto di tutela sul piano internazionale come la dignità della persona, che implica il divieto di ogni discriminazione.

Il quadro è ormai consolidato. Si parte dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 9 dicembre 1948, nella quale è garantita la tutela da ogni discriminazione e «contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione» (art. 7) per arrivare alla Convenzione sulla prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 9 dicembre 1948 nonché alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, nella quale è precisato che gli Stati devono punire «ogni propaganda ed ogni organizzazione che s'ispiri a concetti ed a teorie basate sulla superiorità di una razza o di un gruppo di individui di un certo colore o di una certa origine etnica, o che pretendano di giustificare o di incoraggiare ogni forma di odio e discriminazione razziale» (art. 4), adottando, a tal fine, anche misure positive. Un espresso divieto di incitamento all'odio è stato inserito nel Patto sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966: l'art. 20, infatti, impone agli Stati di vietare nell'ordinamento interno «qualsiasi appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza». In diverse occasioni, a partire dal caso *Faurisson*³, il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite non ha accordato una protezione della libertà di espressione quando questa ha riguardato discorsi discriminatori⁴.

Sul piano regionale americano, un divieto espresso è contenuto nella Convenzione interamericana dei diritti umani del 22 novembre 1969, il cui art. 13, par. 5, proibisce ogni incitamento alla discriminazione e all'odio.

L'Unione europea è intervenuta con particolare forza adottando la decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, nella quale, tra i reati a stampo razzista o xenofobo, è stata prevista «l'istigazione pubblica alla

³ Comitato dei diritti umani, com. n. 550/1993, *Robert Faurisson v. France*, UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993 del 16 dicembre 1996.

⁴ Per esempio, Comitato dei diritti umani, com. n. 736/1997, *Malcolm Ross v. Canada*, UN Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 del 26 ottobre 2000.

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»⁵. Inoltre, nel rapporto sulla lotta al razzismo e alla discriminazione, presentato dalla Commissione europea il 15 marzo 2019, Bruxelles ha sottolineato il ruolo delle aziende dell'IT nella rimozione di contenuti di *hate speech* e di discriminazione che sono considerati illeciti⁶.

Un'analisi più approfondita merita la CEDU, perché se è vero che manca, a differenza del Patto sui diritti civili e politici, una norma *ad hoc* che vieti l'incitamento all'odio è anche vero che la Corte di Strasburgo, tenendo conto che la Convenzione è uno strumento vivente, ha fornito un contributo fondamentale nell'escludere dal perimetro di applicazione dell'art. 10 della Convenzione, che assicura la libertà di espressione, le opinioni con finalità discriminatorie e i messaggi di odio in quanto contrastanti con i principi e i valori in essa affermati. Se nei casi più gravi, la Corte ha applicato l'art. 17 (che vieta l'abuso del diritto, sul quale si veda il par. 3), negli altri ha imposto agli Stati un bilanciamento tra il diritto alla libertà di espressione (art. 10) e altri diritti garantiti dalla Convenzione. Lo stesso art. 10, d'altra parte, richiede che siano poste limitazioni alla libertà di espressione se necessarie in una società democratica, proprio perché la libertà di espressione comporta doveri e responsabilità. Gli Stati, quindi, sono tenuti a vigilare che nell'esercizio della libertà di espressione non si oltrepassino certi limiti anche con riguardo alla reputazione e a diritti altrui. Sulla questione del bilanciamento dei diritti in gioco e sulla valutazione della necessità di una misura in una società democratica per giustificare un'ingerenza nell'esercizio di un diritto è centrale la Corte EDU.

Ed invero, per limitarci a una breve analisi, con la sentenza del 4 dicembre 2003 nel caso *Gündüz*⁷ la Corte di Strasburgo ha precisato che, in linea di principio, un discorso o un articolo costituiscono un incitamento all'odio se sono utilizzate espressioni che minano la dignità umana, con un carattere discriminatorio. E questo, anche quando il messaggio non ha direttamente il fine di incitare all'odio⁸. Nel caso di diffusione di opinioni politiche,

⁵ V. la decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale.

⁶ Commission Staff Working Document of 15 March 2019, *Countering racism and xenophobia in the EU: fostering a society where pluralism, tolerance and non-discrimination prevail*, SWD(2019) 110 final, p. 7 ss.

⁷ Corte EDU, sentenza del 4 dicembre 2003, ric. n. 35071/97, *Gündüz c. Turchia*, par. 40.

⁸ *Infra*, nota 24, relativa alla decisione *Dieudonné*.

inoltre, con la decisione del 20 aprile 2010, nel caso *Le Pen*⁹, la Corte di Strasburgo ha affermato l'importanza della lotta contro le discriminazioni razziali sotto tutte le sue forme e manifestazioni e, nel respingere il ricorso del politico dell'estrema destra Le Pen, condannato per i suoi discorsi contro gli immigrati, ha rilevato che il comportamento delle autorità francesi era stato corretto sotto il profilo del rispetto della Convenzione perché il proposito del politico era quello di dare un'immagine negativa di un'intera collettività e di suscitare un sentimento di ostilità verso un determinato gruppo di persone, considerando così la misura restrittiva della libertà di espressione, necessaria in una società democratica¹⁰. Nella stessa direzione, con la sentenza depositata il 30 ottobre 2018 in un caso riguardante la Turchia, *Kaboğlu e Oran*, la Corte ha condannato lo Stato in causa perché le autorità giurisdizionali nazionali non avevano considerato il contenuto degli articoli, non compiendo il bilanciamento necessario tra i diritti in gioco e trascurando del tutto di qualificare alcune espressioni come casi di *hate speech*¹¹. La Corte, inoltre, ha ribadito la necessità di una valutazione complessiva, non legata alla singola frase, con ciò ritenendo che le autorità nazionali siano tenute a inquadrare le dichiarazioni espresse in un contesto più generale. Si è inoltre definitivamente statuito, in un caso del 2012, che riprende espressamente la sentenza *Féret*¹² (del 2009) – e cioè, nel caso *Vejdeland*¹³ – che l'*hate speech* non implica necessariamente un incitamento a atti di violenza o alla commissione di illeciti, essendo sufficiente l'impiego di un discorso razzista o discriminatorio sulla base della razza, del colore o dell'origine nazionale¹⁴, tanto più pericoloso quando esso si svolge in un periodo storico in cui determinati gruppi sono presi di mira¹⁵. Ora, sul punto non c'è dubbio che la società attuale è connotata dal divampare di razzismo e xenofobia. Basti considerare il rapporto annuale della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) del Consiglio d'Europa, pubblicato l'11 giugno 2019, con riferimento alla situazione nel 2018, nel quale è stata evidenziata la diffusione di «ideologie basate su una presunta incompatibilità tra gruppi nazionali/etnici o religiosi, come anche quelle che difendono una

⁹ Corte EDU, decisione del 13 settembre 2016, ric. n. 52672/13, *Jean-Marie Le Pen c. Francia*, p. 6.

¹⁰ Ivi, p. 7 ss.

¹¹ Corte EDU, sentenza del 30 ottobre 2018, ric. n. 1759/08, 50766/10 e 50782/10, *Kaboğlu e Oran c. Turchia*, par. 89.

¹² Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2009, ric. n. 15615/07, *Féret c. Belgio*.

¹³ Corte EDU, sentenza del 9 febbraio 2012, ric. n. 1813/07, *Vejdeland et al. c. Svezia*.

¹⁴ Rispettivamente, par. 73 della sentenza *Féret* e par. 55 della sentenza *Vejdeland*.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2017, ric. n. 10851/13, *Király e Dömötör c. Ungheria*, par. 78.

“superiorità razziale”» che costituiscono un pericolo per le società inclusive, tanto più in considerazione del fatto che le opinioni politiche di questo genere non sono più limitate solo a frange estreme, ma sono portate avanti anche dai partiti politici tradizionali¹⁶.

Per quanto riguarda poi la diffusione dei messaggi discriminatori attraverso il web, non c'è da dubitare che i rischi per la tutela dei diritti umani siano ancora maggiori. E la stessa Grande Camera della Corte, con la sentenza nel caso *Delfi*, del 2015¹⁷, ha sottolineato che i portali hanno doveri e responsabilità ancora maggiori quando si utilizzano linguaggi d'odio o si diffondono messaggi che incitano all'odio o che puntano a diffondere idee discriminatorie. Nel caso in esame, la Corte ha rilevato che non si verifica alcun contrasto con l'art. 10 della Convenzione se i tribunali nazionali ritengono responsabile, per i commenti di terzi, il portale che svolge l'attività con finalità commerciali, in particolare nei casi in cui sono postati alcuni commenti e messaggi di incitamento all'odio.

Proprio di recente, poi, e con specifico riferimento a Facebook, nella sentenza del recentemente resa nel caso *Beizaras and Levickas* la Lituania è stata ritenuta responsabile (violazione degli art. 8 e 14 della Convenzione), per non aver svolto alcun accertamento su commenti configuranti *hate speech* (nei confronti di persone omosessuali) e diffusi via Facebook, in contrasto con l'assolvimento dei suoi obblighi positivi in materia¹⁸.

Accanto agli obblighi imposti agli Stati, non c'è dubbio che oggi le aziende come Facebook hanno una responsabilità almeno dal punto di vista sociale che le porta a ricercare una soluzione che concili libertà di espressione e contrasto alla diffusione di messaggi discriminatori. In questo senso, Facebook, insieme ad altre società private, ha aderito al codice di condotta della Commissione europea, adottato nel 2016, che richiede la rapida valutazione dei contenuti (entro 24 ore dalla segnalazione) e la rimozione di post o commenti discriminatori e di *hate speech*. Inoltre, la citata decisione quadro 2008/913/GAI fissa la responsabilità delle persone giuridiche anche per omessa vigilanza nei casi di istigazione con messaggi di odio e discriminatori; responsabilità, di diverso genere, presente anche nella direttiva 2000/31 sugli aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, utilizzata proprio di recente dalla Corte di giustizia UE per affermare che il giudice di uno Stato membro può ordinare a Facebook di rimuovere le informazioni

¹⁶ V. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *Annual Report on ECRI's activities covering the period from 1 January to 31 December 2019*, accessibile online.

¹⁷ Corte EDU, sentenza del 16 giugno 2015, ric. n. 64669/09, *Delfi AS c. Estonia*.

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, par. 129.

memorizzate con un contenuto equivalente ad altre dichiarate in precedenza illecite e estendere gli effetti dell'ingiunzione a livello mondiale¹⁹. La Corte di giustizia, in quest'occasione, ha precisato che Facebook o altri prestatori di servizi di *hosting* non sono destinatari di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, così come non hanno un obbligo generale di ricercare attivamente commenti illeciti. Se non esiste un obbligo generale di sorveglianza – fermo restando che quest'ultima potrebbe essere il frutto di una libera scelta dell'intermediario –, tuttavia l'art. 14 della direttiva impone a detti intermediari obblighi di sorveglianza in casi specifici col risultato che, in taluni casi, l'*host provider* deve prevenire una violazione e deve contribuire ad evitare nuove violazioni²⁰.

Se poi è vero che gli obblighi contenuti nei trattati in materia di diritti umani citati in precedenza si rivolgono agli Stati, va sottolineato che da più parti è stato richiesto alle compagnie dell'ICT di applicare le norme internazionali a tutela dei diritti umani.²¹

Facebook, del resto, come società privata, è essa stessa titolare del diritto alla libertà di espressione, che include anche quello a non diffondere informazioni considerate lesive di valori fondamentali. A nostro avviso, quindi, non solo non esiste alcun obbligo di pubblicare ogni opinione – così come non esiste per le aziende che operano offline – ma piuttosto la tendenza della prassi va nel senso di un obbligo di non diffondere messaggi discriminatori, i quali, una volta messi in rete, producono un immediato effetto negativo sulla stessa democrazia. Proprio la “speciale posizione” di Facebook, secondo noi, impone un'azione preventiva anche nel caso di rischio di diffusione di messaggi discriminatori, in linea con le fonti internazionali ed europee e con gli stessi valori costituzionali.

Alle società dell'ICT, inoltre, lo stesso David Kaye, ha chiesto di applicare i Principi guida su imprese e diritti umani e di agire, proprio per fronteggiare l'odio digitale, con diligenza. Appare paradossale che, nel momento in cui Facebook agisce nel rispetto della dignità della persona, sia costretta a diffondere messaggi incompatibili con la propria policy aziendale e con il rispetto dei diritti umani, come affermati anche dal Consiglio per i diritti umani nella risoluzione 16/18 del 12 aprile 2011 sulla lotta all'intolleranza. Ed invero, chiedere a Facebook di riattivare un profilo che contiene *rinvii a pagine con messaggi discriminatori o xenofobi, di fatto inglobandole nel*

¹⁹ CGUE, sentenza del 3 ottobre 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*.

²⁰ Ivi, punto 24.

²¹ Consiglio per i diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, UN doc. A/HRC/38/35 del 6 aprile 2018, par. 70.

proprio profilo, non solo costringerebbe la società a contribuire alla diffusione di messaggi non condivisi (in modo del tutto diverso rispetto alle aziende editoriali che operano offline, non costrette a pubblicare ogni opinione), ma farebbe incorrere Facebook in un comportamento contrario a quanto recentemente raccomandato in sede ONU. Proprio sul mancato intervento di Facebook nella diffusione di messaggi che incitano alla discriminazione di un determinato gruppo è intervenuta, infatti, la Commissione indipendente di inchiesta dell'ONU, chiamata a indagare sui crimini commessi in Myanmar dall'esercito birmano contro l'etnia Rohingya, evidenziando, nel rapporto del 12 settembre 2018, che Facebook non è intervenuta o lo ha fatto in ritardo, non arginando la propaganda online e favorendo così i crimini contro i Rohingya²².

3. Il caso *CasaPound c. Facebook* e la giurisprudenza recente della Corte EDU in tema di *hate speech*, messaggi discriminatori indiretti, e limiti della libertà di espressione

Passiamo ora a considerare, più da vicino, la questione, dal punto di vista dell'art. 17 della Convenzione europea, sull'abuso di diritto, e dell'art. 10 sulla libertà di espressione.

Può dirsi, in primo luogo, che la propaganda svolta da CasaPound, anche tramite la sua pagina Facebook, rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 17? Può dirsi, cioè, che CasaPound, invocando l'articolo 21 della Costituzione italiana, si sia in servita, in sostanza, di un principio largamente corrispondente a quello sancito dall'art. 10 della Convenzione europea, utilizzandolo per (diffondere la conoscenza di) attività rivolte, in ultima analisi, a fini manifestamente contrari ai valori della Convenzione medesima?

Come si è già detto, secondo l'articolo in questione, infatti, nessuna disposizione della «[...] Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo, di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione». Ebbene, se si guarda, anche rapidamente, alla giurisprudenza pertinente, è facile rilevare che la possibilità di usarla a fini limitativi della libertà di

²² Consiglio per i diritti umani, *Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar*, UN doc. A/HRC/39/64 del 12 settembre 2018, par. 73-74.

espressione risulta configurata come *extrema ratio*. Data l'importanza fondamentale, rivestita dalla libertà di espressione nel quadro complessivo della Convenzione, la figura dell'abuso di diritto è ritenuta riferibile a un caso rilevante per l'art. 10, solo quando è *assolutamente chiaro* («*tout à fait clair*») che la finalità reale dell'uso di tale libertà sia, per l'appunto, quella di ribaltare i principi di fondo della Convenzione medesima²³. Tuttavia, negli ultimi anni, probabilmente anche a causa del divampare dell'*hate speech*, la Corte, seppure a piccoli passi, sta modificando il proprio orientamento. Ad esempio, nella decisione del 20 ottobre 2015 nel caso *M'Bala M'Bala* (noto come *Dieudonné*)²⁴, la Corte, per la prima volta, ha applicato l'art. 17 (che vieta l'abuso del diritto) non solo con riguardo a manifestazioni esplicite e dirette, per le quali non è necessaria alcuna interpretazione, ma anche con riferimento a un'espressione antisemita «travestie sous l'apparence d'une production artistique», ritenendo tale espressione «aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte»²⁵.

A stare agli accertamenti compiuti dal Tribunale di Roma, l'uso del *social network* effettuato da CasaPound non rivelerebbe – in sé e per sé considerato – nulla di simile, dal momento che: «[...] atteggiamenti di odio contro le minoranze o violenza, che hanno visto quali protagonisti membri di CasaPound [...] però non hanno trovato ingresso nella pagina Facebook di CasaPound ma sono stati tratti da articoli comparsi su quotidiani anche on line o da siti di informazione, comunque esterni a Facebook»²⁶. Per quanto poc'anzi evidenziato, non potrebbe allora concludersi che l'esercizio della libertà di pensiero si sia tradotto, in questo caso, *in modo assolutamente chiaro*, in attività contrarie a valori fondamentali della Convenzione, dovendosi dunque escludere l'applicabilità dell'art. 17.

Se questo è vero, se è vero, in altri termini, che l'uso della pagina Facebook non è servito *direttamente* alla diffusione di “atteggiamenti di odio contro le minoranze o violenza”, è pur vero, però, come si ammette nella stessa ordinanza, che proprio comportamenti di tal genere tendono ad essere concretamente, e diffusamente, adottati da *membri* o *simpatizzanti* di CasaPound, *nella loro pratica politica*, in alcune città italiane, spesso nel quadro di attività promosse da detta formazione politica. Più esattamente, ciò è

²³ V., fra le tante, Corte EDU, sentenza del 15 ottobre 2015, ricorso n. 27510/08, *Perinçek c. Francia*, par. 114; sentenza del 6 gennaio 2011, ricorso n. 34932/04, *Paksas c. Lituania*, par. 87; decisione del 24 giugno 2003, ricorso 65831/01, *Garaudy c. Francia*, *passim*.

²⁴ Corte EDU, decisione del 20 ottobre 2015, ricorso n. 25239/13, *Dieudonné M'Bala M'Bala c. Francia*.

²⁵ Ivi, par. 40.

²⁶ Trib. Roma, ordinanza del 12 dicembre 2019, cit., p. 5.

avvenuto sia nei confronti di gruppi minoritari (v., per esempio, i noti, gravi episodi di intolleranza, svoltisi a Roma, a danni di gruppi di migranti rom nelle aree di Casal Bruciato e Torre Maura²⁷), sia nei confronti di avversari politici (per esempio, a Bari²⁸). Ora, fermo restando che, sul piano della responsabilità penale, tali comportamenti non possono ascriversi, se non a coloro che li adottino, ci sembra difficile sostenere che essi risultino scollegabili dall'ideologia e dall'azione politica dell'associazione, alla diffusione delle quali obiettivamente contribuisce pure la presenza di essa su Facebook. Basti pensare, in particolare, alla dura impronta anti-migratoria, caratterizzante il programma di questa formazione²⁹, liberamente scaricabile dal suo sito web, ed al quale faceva puntuale rinvio, come già detto, la stessa pagina Facebook dell'associazione. Una simile impronta si inserisce, del resto, in un impianto complessivo fortemente nazionalistico, di assai dubbia compatibilità col quadro costituzionale italiano. Se ci si sofferma, anche fuggacemente, su siffatto programma, è anzi agevole ricavare che i suoi indirizzi di fondo risultano in contrasto irrimediabile con principi irrinunciabili della Costituzione italiana; si considerino al riguardo i punti seguenti, che conviene riportare per esteso: «La nazione italiana deve tornare ad essere un organismo avente fini, vita e mezzi d'azione superiori, per potenza e durata, a quelli degli individui, divisi o raggruppati, che lo compongono. Deve tornare ad essere una unità spirituale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato. Lo Stato che vogliamo è uno Stato organico, inclusivo, guida e riferimento spirituale della comunità nazionale. Il suo primo compito è quello di riaffermare e riconquistare la sovranità e l'autonomia minacciate da poteri forti, di natura privata ed internazionalista. Noi vogliamo un'Italia libera, sociale e nazionale, forte, fuori tutela, assolutamente padrona di tutte le sue energie e tesa verso il suo avvenire. Consideriamo nemico nostro e della nazione tutto ciò che antepone gli interessi privati al bene comune, ogni concezione dello Stato individualistica e oligarchica, tutto ciò che induce allo sfiguramento [*sic!*] dei popoli, delle persone e delle culture, tutto ciò che è nemico della forma».

²⁷ A. CAMILLI, "Chi ha autorizzato la manifestazione di CasaPound a Casal Bruciato?", *Internazionale*, 10 maggio 2019; A. PALLADINO, "Torre Maura, in scena il Social Fascismo Show", *Espresso*, 4 aprile 2019.

²⁸ "CasaPound, a Bari 28 a processo per aggressione al corteo antifascista contro Salvini: 'Sono picchiatori'", *La Repubblica (Bari)*, 22 novembre 2019.

²⁹ V. il punto 3 del programma di Casapound, accessibile *online* ("stop immigrazione, *no ius soli*, rimpatrio"), in cui si prevede il blocco totale, immediato dell'immigrazione straniera; il rimpatrio di tutti gli immigrati illegali; politiche di protezione sociale riservate ai soli lavoratori italiani, in contrasto con «lavoratori stranieri».

Per quanto qui interessa, a venire in specifico rilievo, fra i suddetti principi costituzionali, è il principio “personalista”, il quale, com'è pacificamente riconosciuto, «prescrive l'antiorità della persona umana alle ragioni della collettività»³⁰, a prescindere, naturalmente, dall'origine nazionale del singolo. È evidente, infatti, che quest'ultima concezione è *radicalmente incompatibile* con la configurazione “organicistica” e, nel contempo, nazionalistica, espressamente attribuita al rapporto fra Stato e individuo, di cui sono espressione i passi appena riportati del programma in questione. Né necessita di dimostrazioni particolari il fatto che propugnare una simile configurazione del rapporto fra Stato e individuo è *radicalmente incompatibile* con le stesse ragioni di fondo del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, anch'esso incentrato sull'antiorità dei diritti della persona rispetto agli interessi collettivi, fatta salva – beninteso – l'esigenza di ricorrere al bilanciamento dei primi con i secondi, nei limiti fissati dalla Convenzione europea e precisati nella giurisprudenza rilevante.

Proprio le circostanze appena messe in luce, ci inducono a porre in dubbio che l'accesso di una formazione politica, del genere di CasaPound, ad un *social network* e ad un *social media* come Facebook, risulti “coperta” dall'articolo 10 della Convenzione; ovverosia, che lo Stato italiano sia obbligato a garantire tale accesso, così come ha deciso, invece, il Tribunale di Roma, rifacendosi, peraltro, esclusivamente al principio del pluralismo politico, sancito dall'articolo 21 della Costituzione. Lasciando da parte la (discutibile) riconducibilità del caso in questione alla situazione-limite, disciplinata dall'articolo 17 della Convenzione europea, va anzitutto ricordato che gli orientamenti seguiti dalla Corte EDU, perlomeno in alcune decisioni, fra quelle citate in precedenza, tendono a corroborare i nostri dubbi. Si tratta dei casi *Le Pen*³¹, *Vejdeland*³² e *Féret*³³; in particolare, in quest'ultimo caso, le sentenze interne rese nei confronti di un deputato belga – a seguito dell'autorizzazione a procedere nei suoi confronti, per alcuni atti di propaganda e discorsi di incitamento all'odio e alla discriminazione, in tema di immigrazione straniera – sono state ritenute insuscettibili di configurare una violazione dell'art. 10, *malgrado* i comportamenti da lui tenuti non si tradussero direttamente nel richiamo «[...] à tel ou tel acte de violence ou à un

³⁰ A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta Online*, 2019, p. 7; qui anche un'accurata ricostruzione delle conseguenze trattene nella giurisprudenza costituzionale.

³¹ Corte EDU, *Jean-Marie Le Pen c. Francia*, cit.

³² Corte EDU, *Vejdeland et al. c. Svezia*, cit.

³³ Corte EDU, *Féret c. Belgio*, cit.

autres actes délictueux»³⁴. In altri termini, l'attacco, ovvero l'atteggiamento discriminatorio nei confronti dei migranti – insito, secondo la Corte, nella suddetta propaganda e nei suddetti discorsi – è risultato sufficiente a giustificare la restrizione della libertà di espressione del ricorrente, giacché (ritenuto) in grado «[...] de susciter parmi le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques», e, dunque, il «[...] besoin social impérieux de protéger l'ordre public et les droits d'autrui, c'est-à-dire ceux de la communauté immigrée»³⁵. Ebbene, ci sembra che una tale soluzione potrebbe riguardare, a maggior ragione, il nostro caso, nel quale a venire in rilievo non era neppure una limitazione per via giudiziaria della libertà di espressione, ma, piuttosto, la semplice facoltà, di una formazione politica – dai caratteri analoghi a quella cui apparteneva il deputato belga Féret – di accedere a una *specifica* piattaforma sociale informatica (peraltro, gestita da privati), per diffondere la conoscenza di iniziative, *spesso sfociate in atti di intolleranza o discriminazione, ancorché non preordinate a tali risultati*.

Ciò detto, è doveroso sottolineare che, contro l'opinione della maggioranza nel caso *Féret*, l'opinione dissidente del giudice Sajó (sottoscritta dai giudici Zagrebeksky e Tsotsoria³⁶) ha addotto, tra l'altro, che una simile decisione finirebbe per limitare fortemente, per via giudiziaria, la possibilità di singole persone di partecipare al discorso politico – alla cui realizzazione è preordinato l'art. 10 della Convenzione – oltre ad estendere indebitamente l'ambito di applicazione dell'annesso alla raccomandazione n. R (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul discorso d'odio del 30 novembre 1997, adottata con specifico riferimento ai “*media*”³⁷.

A ben vedere, però, né la prima, né la seconda delle due obiezioni riportate sembrano attagliarsi al caso qui in esame. Si pensi, infatti, con riferimento alla *prima*, a ciò che si è poco sopra sottolineato; e cioè, che quel che viene in rilievo in questo caso *non è una generalizzata compressione, per via giudiziaria, della libertà di espressione di singoli individui o gruppi*, ma, più semplicemente, la possibilità di accedere ad *uno specifico social network* (peraltro gestito da privati), al fine di consentire la diffusione di informazioni concernenti l'attività di una certa formazione politica. E si consideri altresì – con riferimento alla *seconda* – che è difficile ritenere che Facebook fuoriesca dall'ambito di applicazione dei principi dettati della suddetta

³⁴ Ivi, par. 73.

³⁵ Ivi, par. 77-78.

³⁶ Ivi, p. 26.

³⁷ Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “hate speech”*, 20 October 1997.

raccomandazione, se si tiene conto del fatto che esso costituisce, nel contempo, un *social network* e un *social media*; vale a dire, uno strumento attraverso il quale i produttori di contenuti informativi, politici, artistici, ecc. sono in grado di raggiungere il grande pubblico³⁸.

In aggiunta a quanto precede, si può ancora osservare che il pregiudizio “alle libertà altrui” – ritenuto sussistente, nel caso *Féret*, in capo alle comunità immigrate, interessate dai discorsi e dalla propaganda del ricorrente – *non solo* sembra conseguire, nel nostro caso, a carico di analoghe comunità, per attività compiute sia da membri o simpatizzanti della formazione in questione³⁹, ma generalmente rientranti nel quadro di iniziative riconducibili ad essa (o a sue articolazioni locali), e dunque destinate ad essere diffuse via Facebook. Come abbiamo accennato poco sopra, un tale pregiudizio è altresì idoneo a prodursi nei confronti di *Facebook Ireland Limited* (società di gestione della piattaforma, anche in Italia), sol che si consideri che l'ordinanza del giudice di Roma finisce, in concreto, per negare, proprio a quest'ultima, la... libertà di espressione, obbligandola a farsi veicolo di notizie, diffuse da soggetti da essa ritenuti in grado di pregiudicare, direttamente o indirettamente, diritti o libertà fondamentali.

4. Considerazioni conclusive

Riassumendo quanto sin qui detto, si può concludere che una più attenta considerazione degli obblighi convenzionali, vigenti sul piano internazionale ed europeo, conduce a esiti diversi rispetto a quelli raggiunti dall'opinione sintetizzata in apertura.

A partire dal presupposto fondamentale che la libertà di manifestazione del pensiero *non* copre, *in principio*, discorsi ostili e discriminatori, detti obblighi *sicuramente* impongono agli Stati di esercitare un controllo al riguardo, ivi compresi i *social network* o *social media*, fra i quali è annoverabile Facebook. Per quanto, poi, tali obblighi si rivolgano *essenzialmente* nei confronti degli Stati stessi, è sempre più invalsa, nella prassi internazionale (ed europea) rilevante, la tendenza a ritenere che siffatto controllo debba essere esercitato, *anche direttamente*, da aziende che operino nel campo dell'IT, tra di esse, per l'appunto, Facebook. Come si è visto, aziende di questo tipo sono dunque dotate di una “posizione speciale”, non solo perché forniscono un servizio di interesse generale – come osservato nella ordinanza cautelare

³⁸ Cfr. la voce “social-media” in *Enciclopedia Treccani online*.

³⁹ V. *supra*, per gli esempi relativi ai gruppi di immigrati.

del Tribunale di Roma – ma anche perché, proprio in considerazione di ciò, esse svolgono un controllo ai fini indicati, a prescindere dal fatto che l'esigenza di porlo in essere non discenda, *per ora*, da un obbligo *generale* di sorveglianza.

A stare ai principi ricavabili, in materia, dalla giurisprudenza della Corte EDU, è poi assai dubbio che questi ultimi, se applicati alla vicenda *Casa-Pound/Facebook*, imporrebbero una soluzione del genere di quella scelta dal giudice romano. Se è vero, infatti, che alla fattispecie in questione non sembra riferibile l'art. 17 della Convenzione – in assenza di un uso *inequivocabile* della pagina Facebook dell'associazione a fini diretti alla distruzione di diritti da essa sanciti – è altresì vero che episodi gravi di discriminazione e di odio, pur riguardanti, sul piano penale, singoli iscritti o simpatizzanti, si inquadrano, piuttosto chiaramente, nell'ideologia politica e nelle conseguenti attività di CasaPound. Ideologia ed attività, la cui diffusione è ulteriormente garantita dalla pagina stessa, e che appaiono miranti a scopi radicalmente contrastanti con i valori fondamentali della Costituzione e del sistema europeo di tutela dei diritti umani. Ne consegue, dunque, che al caso in esame sembrano, *perlomeno in principio*, riferibili le statuizioni adottate dalla Corte soprattutto nell'affare *Féret*, secondo le quali anche attività di per sé non istiganti alla violenza, o alla discriminazione – ma atte a provocare effetti simili – possono fuoriuscire dalla tutela apprestata dall'art. 10 della Convenzione, giustificando restrizioni all'esercizio della libertà in esso sancita. Ciò è tanto più vero, se si pensa che la restrizione oggetto della nostra controversia, non consisteva nell'irrogazione di sanzioni – idonee ad incidere pesantemente su detta libertà – ma, più semplicemente, nell'impedimento ad accedere ad uno *specifico social network* (nonché *social media*), disposto da un soggetto privato, anch'egli dotato della libertà di espressione. D'altra parte, tornando sul ruolo spettante a Facebook in materia, non se ne può sottovalutare l'importanza, anche con riferimento al rischio della diffusione di forme virali di discriminazione, e dell'impatto sui diritti umani che una simile diffusione sul web può avere. In proposito deve ricordarsi che, proprio di recente, il Relatore speciale sulla promozione e la protezione del diritto alla libertà di opinione e di espressione, nel suo rapporto del 9 ottobre 2019⁴⁰, ha affermato che «[l]eft unchecked and viral» un'espressione discriminatoria o di odio, «[...] can create an environment that undermines public debate and can harm even those who are not users of the subject platform»⁴¹.

⁴⁰ Consiglio per i diritti umani, UN doc. A/HRC/38/35, cit.

⁴¹ Ivi, par. 56.

In chiusura, è appena il caso di sottolineare il rilievo che le fonti internazionali ed europee, e la giurisprudenza della Corti – in particolare della Corte EDU – rivestono sul piano costituzionale, in quanto costituenti parametri di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione stessa. Sarebbe dunque grave, *indipendentemente dalle soluzioni che verranno adottate nel merito* (e dalla stessa prospettiva che Facebook possa, in futuro, ricorrere contro l'Italia dinanzi alla Corte), che di esse non si tenesse conto in successive fasi del giudizio in questione, com'è accaduto nella fase cautelare.

L'educazione inclusiva tra mito e realtà: considerazioni a margine alla sentenza *G.L. c. Italia*

MAURA MARCHEGIANI*

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Interpretazione intersistemica nella prospettiva della Corte EDU. – 3. La ricostruzione della nozione di educazione inclusiva rilevante ai sensi della CEDU. – 4. Effetti giuridici riconducibili all'accertamento dell'esistenza di una condizione di particolare vulnerabilità. – 5. Discrasia tra precetto normativo e applicazione concreta. – 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: La sentenza resa nel caso *G.L. c. Italia* fornisce alla Corte EDU l'occasione per chiarire ed articolare in maniera più dettagliata la propria giurisprudenza in tema di educazione inclusiva. Il caso, che contribuisce a rimarcare l'ampiezza dello iato esistente, nell'ordinamento giuridico italiano, tra il tenore delle disposizioni normative, astrattamente considerate, e la loro inadeguata, incompleta e lacunosa applicazione in concreto, presenta significativi profili di interesse anche sul piano metodologico. Rilevano in particolare innanzitutto le tecniche utilizzate dalla Corte per la ricostruzione del contenuto della nozione di educazione inclusiva, che rappresentano una conferma e uno sviluppo degli orientamenti più recenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di rapporti intersistemici. Particolarmente interessanti risultano inoltre le conclusioni elaborate dalla Corte in merito alle conseguenze giuridiche riconducibili all'accertamento dell'esistenza di una condizione di particolare vulnerabilità. All'analisi di tali aspetti è in particolare dedicato questo breve contributo, nell'intento di verificare se e in che misura la soluzione adottata dalla Corte nel caso di specie contribuisca ad incidere sull'effettività dell'applicazione delle norme della Convenzione all'interno degli ordinamenti degli Stati parti.

PAROLE CHIAVE: Convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità – divieto di discriminazione – interpretazione evolutiva – educazione inclusiva – vulnerabilità – attuazione del diritto.

1. Rilievi introduttivi

A ridosso dell'inizio di un nuovo, atteso e particolarmente problematico anno scolastico, la Corte EDU ha rivolto all'Italia un severo monito su una questione tanto urgente quanto sistematicamente irrisolta, relativa all'esigenza di garantire, in modo concreto ed effettivo, una educazione realmente inclusiva, qualificata e continuativa agli studenti in situazione di disabilità. Con la sentenza *G. L. c. Italia*¹, i giudici della Corte EDU hanno infatti accertato, all'unanimità, la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'art. 14

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università per Stranieri di Perugia, maura.marchegiani@unistrapg.it.

¹ Corte EDU, sentenza del 10 settembre 2020, ric. n. 59751/15, *G.L. c. Italia*.

CEDU, che vieta ogni forma di trattamento discriminatorio, in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo 1, che assicura a sua volta il diritto all'istruzione².

A proposito di disabilità, troppo spesso accade che le previsioni normative adottate dallo Stato italiano, in astratto perfettamente conformi agli obblighi internazionali e agli standard europei esistenti in materia, rimangano mere affermazioni di principio, senza ricevere concreta attuazione da parte delle amministrazioni a vario titolo e livello preposte, determinando di conseguenza un grave pregiudizio per gli individui appartenenti alle categorie più vulnerabili della società.

Questo è quanto accaduto anche nel caso sottoposto all'esame della Corte. La questione aveva in particolare ad oggetto le vicende di una bambina affetta da autismo non verbale, che si è vista completamente privata, per i primi due anni di scuola primaria, del sostegno e dell'assistenza specifica in orario di lezione, cui avrebbe invece avuto diritto di beneficiare, in virtù dell'art. 13 della l. quadro n. 104 del 5 febbraio 1992³.

Le reiterate richieste avanzate dai genitori della bambina sono ripetutamente cadute nel vuoto, nel sostanziale silenzio delle autorità locali tenute all'attivazione delle misure di sostegno, mentre le istanze introdotte dagli stessi, in nome e per conto della loro figlia, presso il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania e, successivamente, presso il Consiglio di Stato, sono state rigettate. Secondo i giudici amministrativi infatti, le autorità locali, preposte per legge all'adozione delle misure intese a garantire alla bambina l'effettivo beneficio del sostegno scolastico, si erano trovate nell'impossibilità materiale di dare attuazione alle disposizioni normative contenute nella legge 104 e, dunque, non avrebbero potuto essere considerate responsabili di questo diniego, che era invece essenzialmente da imputarsi ad una generale riduzione delle risorse allocate dallo Stato e destinate a far fronte ad esigenze educative specifiche⁴.

L'orientamento della Corte EDU si è tuttavia mosso in una direzione completamente diversa. Pur prendendo atto delle difficoltà, degli oneri e delle risorse necessariamente limitate nell'organizzazione e nella gestione del servizio di istruzione, la Corte ha innanzitutto sottolineato il carattere

² Per un primo commento alla pronuncia, si veda M. CASTELLANETA, "Bambini disabili, l'Italia non garantisce il supporto", *Il Sole 24 Ore*, 17 settembre 2020, p. 8.

³ L. 5 febbraio 1992, n. 194, recante "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate".

⁴ Si confrontino in proposito TAR Campania, sez. distaccata di Salerno, sez. I, sentenza del 27 novembre 2012, n. 02154/2012 e Consiglio di Stato, sez. III, sentenza del 26 maggio 2015, n. 02656/2015.

fondamentale ed indispensabile del diritto all'istruzione in ogni società democratica⁵, diritto che, peraltro, a differenza di altre prestazioni legate ai servizi pubblici, risulta direttamente tutelato e protetto dalla Convenzione stessa⁶. Nel riconoscere la necessità che ogni Stato provveda a garantire un equilibrio tra le esigenze educative degli individui soggetti alla propria giurisdizione e i mezzi a disposizione, la Corte ha accertato che l'Italia ha, nel caso di specie, violato il diritto della bambina a ricevere un'educazione in condizione di uguaglianza con gli altri studenti.

2. Interpretazione intersistemica nella prospettiva della Corte EDU

Per giungere a questa conclusione, la Corte ha proceduto ad un'accurata ricostruzione delle caratteristiche, del contenuto e della portata del diritto all'istruzione ai sensi della CEDU, attraverso il ricorso, come è peraltro sua abitudine, a tecniche interpretative intese a favorire un'armonizzazione intersistemica. L'obiettivo è quello di garantire, nella misura del possibile, una interpretazione delle norme convenzionali che tenga conto dell'esistenza e del contenuto di norme appartenenti a sistemi normativi estranei alla Convenzione, rilevanti per gli Stati parti e che possano contribuire a chiarire il significato e il tenore dell'obbligo rilevante nel caso di specie⁷. In questa prospettiva, la giurisprudenza della Corte risulta innanzitutto costellata di frequenti richiami al meccanismo di coordinamento tra norme riconducibile all'art. 31 par. 3 lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

⁵ Si confronti in proposito Corte EDU, sentenza del 27 maggio 2014, ric. n. 16032/07, *Velyo Velev c. Bulgaria*, par. 33.

⁶ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit., par. 49.

⁷ Si confronti, in generale, Corte EDU, sentenza del 21 febbraio 1975, ric. n. 4451/70; *Golder c. Regno Unito*, par. 29; Commissione EDU, decisione del 9 febbraio 1990, ric. n. 13258/87, *Melchers & Co. c. Repubblica Federale di Germania*; Corte EDU, sentenza del 21 novembre 2001, ric. n. 35763/97, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 55; Corte EDU, sentenza del 6 luglio 2010, ric. n. 41615/07, *Neulinger e Shuruk c. Svizzera* [GC], par. 131; Corte EDU, sentenza del 18 gennaio 1999, ric. n. 26083/94, *Waite e Kennedy c. Germania* e ric. n. 28934/95, *Beer e Reagan c. Germania*; Corte EDU, sentenza del 30 giugno 2005, ric. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* [GC], par. 150; Corte EDU, decisione del 20 gennaio 2009, ric. n. 13645/05, *Cooperatieve Producentenorganisatie Van De Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Pays-Bas*; Corte EDU, decisione del 12 maggio 2009, ric. n. 10750/03, *Gasparini c. Italia e Belgio*; Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* [GC]; Corte EDU, sentenza del 6 dicembre 2012, ric. n. 12323/11, *Michaud c. Francia*; Corte EDU, sentenza del 26 novembre 2013 e sentenza del 21 giugno 2016 [GC], *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Svizzera*, ric. n. 5809/08; Corte EDU, sentenza del 16 settembre 2014, ric. n. 29750/09, *Hassan c. Regno Unito*.

del 1969⁸, di cui la Corte ha nel tempo proposto un'interpretazione articolata e a tratti problematica, che sembrerebbe oltrepassare le rigorose condizioni di applicazione proprie di questo criterio ermeneutico⁹. Nel richiamare, a fini interpretativi, altre regole e altri principi di diritto internazionale, la Corte non si preoccupa invero di ricercare necessariamente un fondamento giuridico che ne giustifichi la rilevanza nel sistema della Convenzione europea. Questo dato emerge con particolare evidenza anche nella sentenza in commento, che contiene frequenti riferimenti al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, alla Convenzione per i diritti delle persone con disabilità, alla Carta sociale europea e ad altri strumenti adottati in seno al Consiglio d'Europa, prescindendo dall'individuazione di qualsivoglia base giuridica e limitandosi piuttosto ad affermare come si renda necessario «tenir compte de toute règle et de tout principe de droit international applicables aux relations entre les parties contractantes, et que la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie intégrante»¹⁰. Questo atteggiamento induce a ritenere che la Corte reputi che l'esistenza e la rilevanza di norme, pur esterne al sistema convenzionale, finiscano in qualche modo per incidere inevitabilmente sul contenuto di alcune sue disposizioni, la cui interpretazione non può dunque prescindere dalla considerazione di un orizzonte normativo più ampio, in una logica di profonda e dinamica commistione intersistemica, che tenga costantemente conto dell'evoluzione del diritto internazionale ed europeo in materia di tutela dei diritti fondamentali.

⁸ Si confrontino, con specifico riferimento all'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, Corte EDU, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., par. 55 e Corte EDU, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. par. 150.

⁹ Si confrontino in proposito i lavori della Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Special Rapporteur Martti Koskenniemi, UN doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, specialmente par. 410 ss. In giurisprudenza si veda, in particolare, OMC, Organo d'appello, *Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WTO Doc. WT/DS291-293/INTERIM, del 7 febbraio 2006, specialmente par. 7.70-7.72.

¹⁰ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit., par. 51. In questa medesima prospettiva, si confrontino anche Corte EDU, sentenza del 13 dicembre 2005, ric. n. 55762/00 e n. 55974/00, *Timichev c. Russia*, par. 64; Corte EDU, sentenza del 19 ottobre 2012, ric. n. 43370/04, *Catan e altri c. Moldavia e Russia* [GC], par. 136; Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2016, ric. n. 51500/08, *Çam c. Turchia*, par. 53; Corte EDU, sentenza del 22 marzo 2012, ric. n. 30078/06, *Konstantin Markin c. Russia* [GC], par. 126; Corte EDU, sentenza del 7 febbraio 2013, ric. n. 16574/08, *Fabris c. Francia* [GC], par. 56.

3. La ricostruzione della nozione di educazione inclusiva rilevante ai sensi della CEDU

Nella definizione e nell'interpretazione del diritto all'istruzione nel più ampio contesto del diritto internazionale, la Corte EDU si è soffermata sull'importanza dei principi di universalità e di non discriminazione, che sono consacrati in molteplici strumenti normativi convenzionali e che, con particolare riferimento al tema del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, promuovono una educazione di tipo inclusivo, fondata sull'uguaglianza di opportunità e sull'assenza di qualsiasi forma di discriminazione¹¹. È proprio sul diritto all'educazione inclusiva, nozione, quest'ultima, dal contenuto molto ampio e in continua evoluzione¹², che si snoda il ragionamento della Corte nella definizione del caso *G.L. c. Italia*.

La progressiva affermazione della nozione di educazione inclusiva come contenuto del diritto all'istruzione è, invero, un'acquisizione piuttosto recente nel panorama internazionale. La prima norma internazionale giuridicamente vincolante a fare esplicito riferimento al carattere inclusivo dell'educazione come contenuto del più ampio obbligo per gli Stati di garantire il diritto all'istruzione è infatti l'art. 24 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006¹³. I lavori preparatori di questa Convenzione danno peraltro atto di una iniziale mancanza di convergenza, nel corso delle negoziazioni, circa l'eventualità di inserire un esplicito riferimento all'esistenza di un vero e proprio obbligo, in capo agli Stati, di garantire un sistema educativo di tipo inclusivo¹⁴, che fu in effetti il risultato di

¹¹ Si confrontino in particolare la Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989, la Dichiarazione mondiale sull'educazione per tutti del 1990, le Regole per le pari opportunità delle persone con disabilità del 1993, la Dichiarazione di Salamanca, il Piano di Azione sui principi, le politiche e le pratiche in materia di educazione e di esigenze educative speciali del 1994, la Convenzione UNESCO sulla lotta contro la discriminazione nell'istruzione, del 14 dicembre 1960. Si confronti in proposito anche l'Obiettivo 4 dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile, che considera il carattere inclusivo dell'insegnamento come elemento essenziale per garantire un'istruzione di qualità, funzionale a realizzare una società egualitaria, pacifica e giusta.

¹² Si confronti in proposito Comitato sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 4 (2016) on Article 24: The right to inclusive education*, UN Doc. CRPD/C/GC/4 del 25 novembre 2016.

¹³ In proposito, O.M. ARNODÖTTIR, *The right to inclusive education for children with disabilities-innovations in the CRPD*, in A. EIDE, J.T. MOLLER, I. ZIEMELE (eds), *Making People Heard, Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*, Leiden, 2011, p. 197 ss.; B. SHAW, *Inclusion or choice? Securing the right to inclusive education for all*, in M. SABATELLO, M. SCHULZE (eds), *Human Rights and Disability Advocacy*, New York, 2014, p. 60 ss.

¹⁴ Si vedano in proposito le considerazioni di G. DE BECO, *The Right to Inclusive Education According to Article 24 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*:

una serie di pressioni esercitate in particolare da alcune organizzazioni non governative, che indussero a modificare le iniziali stesure dell'attuale art. 24, espungendo dal testo qualsivoglia riferimento alla possibilità per gli Stati di prevedere forme educative c.d. speciali, fondate sull'individuazione di percorsi educativi separati e di fatto segreganti¹⁵. La Corte EDU ha in particolare ricostruito la portata dell'obbligo di garantire un sistema educativo di tipo inclusivo come corollario al diritto all'istruzione previsto dalla CEDU, richiamando espressamente l'art. 24 della Convenzione ONU del 2006, che ha in effetti contribuito ad estendere considerevolmente il contenuto del diritto all'istruzione come diritto fondamentale¹⁶.

Ancorché la Convenzione del 2006 non ne fornisca una esplicita definizione, il concetto di diritto ad un'educazione inclusiva può essere descritto come «a process that transforms culture, policy and practice in all educational environments to accommodate the differing needs of individual students, together with a commitment to remove the barriers that impede that possibility. An inclusive approach involves strengthening the capacity of an education system to reach out to all learners»¹⁷.

Accogliendo questa definizione, la Corte EDU ha riconosciuto come il diritto ad un'educazione inclusiva si configuri come uno strumento fondamentale per rendere effettivo il godimento da parte delle persone con disabilità del diritto universale all'istruzione¹⁸, che rappresenta «an example of the indivisibility and interdependence of all human rights on account of its key role in the full and effective realization of other rights»¹⁹. Sulla base di queste premesse, la Corte ha ricostruito e riaffermato l'esistenza di un obbligo gravante sugli Stati e che impone loro di predisporre e garantire un sistema di istruzione inclusivo, deducendo di conseguenza che «l'education inclusive est donc sans conteste une composante de la responsabilité internationale des États dans ce domaine»²⁰, in quanto implicitamente deducibile

Background, Requirements and (Remaining) Questions, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 263 ss.

¹⁵ I lavori del Comitato *ad hoc* sono consultabili online, www.un.org.

¹⁶ In argomento, V. DELLA FINA, *Article 24*, in V. DELLA FINA, R. CERA, G. PALMISANO (eds), *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Heidelberg, 2017, in particolare p. 444.

¹⁷ Comitato sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 4 (2016), Article 24: Right to inclusive education*, cit., par. 11.

¹⁸ Corte EDU, *Çam c. Turchia*, cit., par. 64.

¹⁹ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Thematic study on the right of persons with disabilities to education*, UN Doc. A/HRC/25/29 del 18 dicembre 2013, par. 9.

²⁰ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit., par. 53. Nella medesima prospettiva, si veda Corte EDU, sentenza del 30 gennaio 2018, ric. n.23065/12, *Enver Şahin c. Turchia*, par. 62.

dal diritto fondamentale all'istruzione, così come tutelato dall'art. 2 del Protocollo 1, annesso alla CEDU.

4. Effetti giuridici riconducibili all'accertamento dell'esistenza di una condizione di particolare vulnerabilità

Il ragionamento della Corte EDU prosegue poi con la constatazione che la condizione della bambina ricorrente sarebbe caratterizzata da una particolare vulnerabilità. La giurisprudenza di Strasburgo in tema di vulnerabilità è ricca, articolata e complessa: nonostante un ricorso crescente a questo concetto, la Corte non ha, ad oggi, provveduto a fornire una puntuale definizione della nozione di vulnerabilità, né a chiarire compiutamente i criteri e i parametri per stabilirne la ricorrenza, anche se una simile mancanza potrebbe ricondursi all'volontà di non cristallizzare un concetto che per sua natura non è statico, ma suscettibile di evolvere nel tempo e variare a seconda del contesto. La Corte ha in effetti identificato alcune categorie di soggetti che ha qualificato come vulnerabili, tra cui figurano senz'altro le vittime di trattamenti discriminatori in ragione della specifica condizione di disabilità²¹. Alla condizione di vulnerabilità, si aggiunge, nel caso si tratti di minori, la necessità di garantire, in ogni circostanza, il rispetto del principio del superiore interesse del fanciullo. In quanto minore e, contestualmente, in condizione di disabilità, la bambina di Eboli è senza dubbio qualificabile come appartenente ad una categoria particolarmente vulnerabile. Da una simile qualificazione nel caso in oggetto, la Corte ha dedotto una serie di effetti sul piano giuridico, che contribuiscono, nel loro insieme, a sistematizzare e completare l'individuazione delle implicazioni, sul piano procedurale e sostanziale, che derivano dall'applicazione, da parte della Corte, della nozione di vulnerabilità²².

Con particolare riguardo alla giurisprudenza relativa al divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione, la constatazione di una condizione di particolare vulnerabilità dei ricorrenti ha finito frequentemente

²¹ Corte EDU, sentenza del 30 aprile 2009, ric. n. 13444/04, *Glor c. Svizzera*, par. 84; Corte EDU, sentenza del 20 maggio 2010, ric. n. 38832/06, *Alajos Kiss c. Ungheria*, par. 42; Corte EDU, sentenza del 10 marzo 2011, ric. n. 2700/10, *Kiyutin c. Russia*, par. 63; Corte EDU, sentenza del 22 marzo 2016, ric. n. 23682/13, *Guberina c. Croazia*, par. 73.

²² Per una ricostruzione sistematica della nozione di vulnerabilità, della sua natura e degli effetti giuridici derivanti dall'applicazione di una simile nozione si veda, recentemente, F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020.

per incidere sull'estensione del margine di apprezzamento in capo agli Stati²³.

Questo è quanto accaduto anche nel caso di specie: l'effetto giuridico principale che deriva dalla qualificazione della ricorrente come particolarmente vulnerabile consiste in una sensibile riduzione del margine di apprezzamento di cui godrebbe l'Italia nell'individuazione e nell'effettiva attuazione di misure volte a comprimere l'esercizio dei suoi diritti fondamentali, fermo restando il presupposto per cui «il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention»²⁴. Strettamente connesso a questo primo aspetto, ancorché non necessariamente coincidente con esso, è un secondo ordine di conseguenze derivanti dalla qualificazione della ricorrente come appartenente ad una categoria particolarmente vulnerabile. Emerge dalla sentenza, infatti, che l'accertamento dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità incide sul bilanciamento tra esigenze contrapposte, cui lo Stato è tenuto al fine di garantire, al contempo, una speciale protezione ai soggetti vulnerabili, in considerazione delle loro specificità, senza tuttavia perdere di vista gli interessi della collettività. In tema di educazione inclusiva, la considerazione della condizione di vulnerabilità imporrebbe l'adozione di misure generali e particolari, di natura materiale o immateriale, che gli Stati sono tenuti a predisporre, tenendo in particolare considerazione la condizione di disabilità degli allievi coinvolti, la cui vulnerabilità non può essere ignorata²⁵. Tra tali misure, rientrerebbe in particolare la previsione di specifici trattamenti diversificati, la cui mancata previsione potrebbe integrare la violazione del divieto di discriminazione²⁶, proprio in considerazione del fatto che si tratta di misure positive, volte a sanare e correggere le eventuali diseguaglianze di partenza, come l'accesso effettivo a forme di assistenza specializzata, la cui mancata erogazione ha, nel caso di specie, condotto la Corte ad accertare la violazione della Convenzione, in considerazione dell'assenza di appropriate giustificazioni oggettive e ragionevoli²⁷.

²³ Corte EDU, sentenza del 2 marzo 2010, ric. n. 13102/02, *Kozak c. Polonia*; Corte EDU, sentenza del 12 giugno 2012, ric. n. 9106/06, *Genderdoc-M c. Moldavia*; Corte EDU, sentenza del 9 ottobre 2012, ric. n. 24626/09, *X. c. Turchia*; Corte EDU, *Kiyutin c. Russia*, cit.; Corte EDU, sentenza del 3 ottobre 2013, ric. n. 552/10, *I.B. c. Grecia*; Corte EDU, sentenza del 8 novembre 2012, ric. n. 28973/11, *Z.H. c. Ungheria*.

²⁴ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit., par. 54, nonché Corte EDU, *Konstantin Markin c. Russia*, cit., par. 126.

²⁵ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit., par. 63 e 64.

²⁶ Ivi, par. 52.

²⁷ In proposito si veda Corte EDU, *Guberina c. Croazia*, cit., par. 72.

L'accertamento dell'esistenza di una situazione di vulnerabilità ha invero condotto la Corte a delineare un ulteriore ordine di conseguenze, che rappresenta con ogni probabilità l'aspetto più significativo della sentenza in commento. A fronte delle giustificazioni del Governo italiano, che ha essenzialmente fondato la sua tesi difensiva sui tagli di bilancio che avevano di fatto determinato l'impossibilità di garantire alla minore un'assistenza specializzata, funzionale a promuovere la sua autonomia individuale, a migliorare le sue capacità di apprendimento, la sua vita relazionale e la sua integrazione scolastica e in tal modo a ridurre il rischio di marginalizzazione, la Corte ha obiettato affermando che eventuali restrizioni finanziarie avrebbero dovuto avere un impatto sull'offerta formativa della totalità degli studenti, piuttosto che gravare esclusivamente sugli alunni con disabilità, come la ricorrente nel caso di specie.

La considerazione della vulnerabilità si traduce dunque, nelle pieghe del ragionamento della Corte, nell'individuazione di un vero e proprio obbligo, per gli Stati, di agire secondo un criterio di solidarietà e di equa ripartizione degli eventuali sacrifici connessi al calo delle risorse economiche, attraverso «une réduction de l'offre éducative répartie équitablement entre les élèves non handicapés et les élèves handicapés»²⁸, circostanza questa che invero le autorità italiane non avevano minimamente preso in considerazione, né in ambito amministrativo, né in sede giudiziaria. In proposito, la Corte richiama un passaggio particolarmente suggestivo della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 5 aprile 2006, secondo cui «[d]onner aux personnes handicapées la possibilité de participer aux structures d'enseignement ordinaires est important non seulement pour elles, mais aussi pour les personnes non handicapées qui prendront ainsi conscience du handicap en tant qu'élément de la diversité humaine»²⁹.

5. Discrasia tra precetto normativo e applicazione concreta

La responsabilità dell'Italia ai sensi della Convenzione risiederebbe dunque, secondo la Corte, nel fatto che le autorità competenti non si siano adeguatamente adoperate per individuare soluzioni idonee a garantire alla ricorrente la regolare frequenza della scuola primaria in condizioni equivalenti, nella

²⁸ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit. par. 68.

²⁹ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015*, *Ligne d'action n. 4: Éducation*, CoE Rec. (2005)5 del 5 aprile 2006, par. 3.4.1.

misura del possibile, a quelle di cui beneficiano gli altri studenti, così come previsto anche dall'ordinamento giuridico italiano³⁰. Nella prospettiva della Corte, in sostanza, la disabilità della minore e, dunque, la sua condizione di particolare vulnerabilità, avrebbe dovuto indurre le istituzioni coinvolte, a livello amministrativo e giudiziario, ad una «ripartizione dei sacrifici», dettati dai tagli finanziari, in modo proporzionale tra la generalità degli studenti, piuttosto che farne gravare le conseguenze unicamente sugli alunni con disabilità. Questa circostanza non è tuttavia stata in alcun modo presa in considerazione, tanto che la Corte ha rilevato l'esistenza di una discrasia profonda tra il tenore delle disposizioni normative, astrattamente considerate, da un lato e la loro inadeguata, incompleta e lacunosa applicazione in concreto, dall'altro lato. In linea di principio infatti, l'ordinamento giuridico italiano appare pienamente conforme al dettato delle norme internazionali a tutela del diritto all'istruzione, in considerazione della previsione di un sistema educativo altamente inclusivo, che garantisce, astrattamente, un elevatissimo livello di istruzione dei bambini con disabilità in seno al sistema scolastico ordinario, teoricamente equipaggiato a soddisfare le esigenze educative speciali nelle situazioni più delicate: la normativa prevede infatti la regolare integrazione dei minori con disabilità in età scolare nelle classi ordinarie delle scuole pubbliche, l'istituzione di servizi psico-pedagogici, la presenza in classe di qualificati insegnanti di sostegno con funzioni di coordinamento e collaborazione con il corpo docente, la presenza di ulteriori figure professionali specializzate al ricorrere di specifiche esigenze³¹. Ciononostante, nel caso di specie (così come peraltro avviene in molte, troppe situazioni), il trattamento discriminatorio nei confronti della bambina, in ragione della sua condizione di disabilità e dunque in palese violazione degli obblighi convenzionali, risiede proprio in una condotta fattuale, che si pone in contrasto con gli stessi orientamenti normativi e giurisprudenziali nazionali e che sarebbe essenzialmente stata determinata, secondo l'Italia, da una progressiva riduzione di risorse finanziarie destinate alle misure di sostegno³². Tale violazione si rende ancora più grave in considerazione del carattere prolungato della mancata erogazione del servizio e del contesto di

³⁰ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit. par. 70.

³¹ Si confrontino in proposito i puntuali riferimenti alla legge quadro 104 del 5 febbraio 1992, contenuti nella sentenza *G.L. c. Italia*, cit., par. 17 e 18.

³² Sul difficile equilibrio tra l'effettivo godimento dei diritti e le esigenze di bilancio, F. PALLANTE, "Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale", *SIDIBlog*, 2 febbraio 2017; D. AMOROSO, "Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana", *SIDIBlog*, 7 febbraio 2017.

riferimento, quello della scuola primaria, che corrisponde al momento evolutivo in cui si pongono le basi dell'istruzione e dell'integrazione relazionale e sociale³³. Nell'osservare che «les éventuelles restrictions budgétaires doivent impacter l'offre de formation de manière équivalente», attraverso un'equa ripartizione dei sacrifici tra la generalità degli studenti, senza ricadere unicamente sugli studenti in condizione di disabilità³⁴, la Corte ha insistito su quei concetti di solidarietà e condivisione degli oneri e dei limiti derivanti dai tagli di bilancio, che le istituzioni coinvolte non hanno minimamente preso in considerazione nel caso di specie e che trovano invece, proprio nell'ordinamento giuridico italiano, puntuali riferimenti normativi e giurisprudenziali³⁵.

6. Considerazioni conclusive

La vicenda che ha dato origine al caso in commento racconta purtroppo una storia comune a tanti studenti, a tante persone, a tante famiglie, riaccendendo i riflettori sul divario che esiste in Italia tra l'affermazione di precetti e principi sul piano astratto e la concreta attuazione dei diritti nella realtà dei fatti. In tema di disabilità, questo iato risulta particolarmente grave, in quanto impone ad individui, tra i più fragili e vulnerabili della società, di farsi carico ogni giorno di battaglie dolorose, nel tentativo di vedersi riconosciuti diritti che troppo spesso restano solo mere affermazioni di principio.

Nel suo *General Comment No. 4*, il Comitato per i diritti delle persone con disabilità ha osservato come «the education of persons with disabilities too often focuses on a deficit approach, on their actual or perceived impairment and on limiting opportunities to pre-defined and negative assumptions of their potential. States parties must support the creation of opportunities to build on the unique strengths and talents of each individual with a disability»³⁶.

La sentenza della Corte EDU è giunta in un momento delicatissimo: a ridosso della riapertura dell'anno scolastico, che da mesi si preannunciava particolarmente complesso e travagliato, sono state attivate procedure per l'immissione in ruolo di poco più di ventimila unità di personale dedicato al

³³ Corte EDU, *G.L. c. Italia*, cit. par. 71.

³⁴ *Ivi*, par. 68.

³⁵ Si confrontino in particolare Cass. Civ., sez. un., sentenza del 25 novembre 2014, n. 25011; sentenza del 20 aprile 2017, n. 9966; ordinanza dell'8 ottobre 2019, n. 25101.

³⁶ Comitato sui diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 4 (2016) on Article 24: Right to inclusive education*, cit., par. 16.

sostegno, a fronte di un'esigenza di circa ottantamila cattedre prive di titolari. Sono dunque circa sessantamila i posti per il sostegno da assegnare in via provvisoria o attraverso supplenze, da ricoprire anche attraverso l'eventuale il ricorso a personale non specializzato³⁷. Le esigenze degli studenti con disabilità che, trovandosi in una condizione di particolare vulnerabilità e dunque essendo titolari di specifiche tutele, rischiano dunque ancora una volta di non essere adeguatamente considerate, per giunta in un momento storico in cui l'assistenza, l'inclusione, l'integrazione delle persone più vulnerabili rappresenta una questione di «emergenza nell'emergenza».

Risuonano allora come particolarmente significative, in questo contesto, le parole pronunciate dalla giudice statunitense Ruth Bader Ginsburg, recentemente scomparsa, «it is important to remember that law is not some kind of abstract exercise. It affects real people»³⁸. Come tale, ogni norma, per sua natura generale ed astratta, deve poter tradursi in operante regola di azione, proprio al fine di realizzare quel principio di effettività cui il diritto dovrebbe sempre ispirarsi e aspirare.

³⁷ I dati e le fonti rilevanti sono consultabili online, al sito www.miuristruzione.it.

³⁸ Il discorso è riportato da L. MINEO, "The Life and Legacy of RCG, Harvard Community Reflects on Justice Ruth Bader Ginsburg, a Trailblazing, Tireless Fighter for Rights", *The Harvard Gazette*, 20 settembre 2020.

Riconoscimento di governo e controllo effettivo. Quale destino per le riserve auree venezuelane depositate presso la *Bank of England*?

LUCA PASQUET*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Riconoscimento di Governo, principio di non intervento e controllo effettivo – 3. Riconoscimento di Guaidó da parte del Regno Unito e principio di non intervento – 4. Conclusione.

ABSTRACT: Da quando Juan Guaidó si è autoproclamato Presidente della Repubblica *ad interim*, il Venezuela appare come una creatura bicefala in cui coesistono due versioni delle maggiori istituzioni pubbliche. Tale sdoppiamento istituzionale investe anche il direttivo della Banca Centrale, di cui esistono ormai due versioni: una nominata da Maduro, una da Guaidó. Una delle domande che sorgono a fronte di tale situazione è quale direttivo, e quale governo, siano legittimati a disporre delle ingenti riserve auree della Banca Centrale venezuelana depositate presso la *Bank of England*. Di tale questione si è occupata, nel luglio del 2020, la *High Court of Justice of England and Wales*, decidendo a favore di Guaidó sulla base del riconoscimento di governo effettuato dal Regno Unito nel 2019. Questo articolo analizza la pronuncia in questione alla luce della dottrina internazionalistica in tema di riconoscimento di governo ed esamina la liceità del riconoscimento di Guaidó da parte del Regno Unito e della conseguente decisione della *High Court* alla luce del diritto internazionale pubblico, in particolare il principio di non intervento.

PAROLE CHIAVE: Riconoscimento di governo – controllo effettivo – principio di non intervento – Venezuela – Regno Unito – *Bank of England*.

1. Introduzione

Chi è il presidente della Banca centrale venezuelana (BCV) e chi compone il suo direttivo? Dipende. Avendo Maduro e Guaidó nominato entrambi un direttivo della BCV, per rispondere a questa domanda occorrerebbe prima determinare chi, tra i due contendenti, sia il Presidente del Venezuela. E di nuovo, la risposta sarebbe che ciò *dipende* dal criterio che si decide di adottare. Del resto, da quando Guaidó si è autoproclamato Presidente della Repubblica *ad interim*, il Paese appare come una creatura bicefala in cui coesistono due versioni delle maggiori istituzioni pubbliche: due presidenti, due governi, due presidenti dell'Assemblea Nazionale e, appunto, due direttivi

* Assistant Professor of Public International Law, Università di Utrecht, lpasquet@uu.nl. L'autore desidera ringraziare Lorenzo Gradoni per i preziosi commenti e i suggerimenti ricevuti.

della Banca Centrale¹. Tale sdoppiamento si riflette anche sul piano delle relazioni internazionali: non solo la comunità internazionale è divisa tra gli Stati che riconoscono il Governo Maduro e quelli che invece riconoscono il Governo Guaidó, ma mentre all'ONU il Venezuela è rappresentato dal primo, all'OSA è rappresentata dal secondo².

La domanda è dunque complessa. Verrebbe da dire una domanda da un milione di dollari, sennonché, di dollari, essa ne vale almeno un miliardo. Ciò è almeno quanto traspare da una recente decisione della *High Court of Justice of England and Wales* in cui il giudice Teare si è pronunciato su chi – tra il direttivo nominato da Maduro e quello nominato da Guaidó – fosse autorizzato a disporre delle riserve di oro depositate dalla BCV presso la *Bank of England*, del valore, per l'appunto, di un miliardo di dollari americani, nonché a ricevere i proventi di un contratto *swap* su oro stipulato dalla BCV con *Deutsche Bank*, del valore di 120 milioni di dollari³. Sul piano procedurale, la sentenza risponde in via preliminare alle questioni, di identico tenore, sollevate in due diversi procedimenti: il primo, riguardante il contratto *swap* su oro, iniziato da *Deutsche Bank*; il secondo iniziato dal Governo Maduro il 14 maggio scorso in reazione al rifiuto della *Bank of England* di accettare istruzioni dal «direttivo Maduro» rispetto alle riserve auree venezuelane. Ad ogni buon conto, come sintetizzato dal giudice Teare, «the two preliminary issues reflect the widely publicised dispute as to who is the President of Venezuela; Mr. Maduro or Mr. Guaidó»⁴.

La questione è stata esaminata da Teare esclusivamente sotto il profilo del diritto interno, poiché – ha affermato – il riconoscimento sarebbe un profilo «of English Law»⁵. Il ragionamento del giudice si è dunque basato sul principio della «one voice doctrine» secondo il quale, in tema di riconoscimento di governo, le corti del Regno Unito devono attenersi alla posizione

¹ Si vedano M. PERTILE, «Sul riconoscimento di governo nella crisi venezuelana: la trasformazione alchemica è completa?», *SIDIBlog*, 19 maggio 2019; G. OLMO, «Luis Parra y Juan Guaidó: qué puede pasar en Venezuela tras la polémica proclamación de dos presidentes de la Asamblea Nacional», *BBC News*, 6 gennaio 2020.

² Si vedano *Second High-level United Nations Conference on South-South Cooperation, Report of the Credentials Committee*, UN Doc. A/CONF.235/5 del 20 marzo 2019, par. 10-17; Consiglio permanente dell'Organizzazione degli Stati americani, *Solución sobre la situación en Venezuela*, CP RES. 1124 (2217/19) corr. 1; Asamblea generale dell'Organizzazione degli stati americani, *Resolución sobre la situación de Venezuela y la crisis de migrantes venezolanos*, 28 giugno 2019.

³ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, [2020] EWHC 1721 (Comm), [2020] WLR(D) 382, [2021] 2 WLR 1, *Deutsche Bank AG London Branch v Receivers Appointed by the Court & Ors*.

⁴ *Ivi*, par. 2.

⁵ *Ivi*, par. 9.

espressa dall'esecutivo. Gran parte della discussione ha quindi riguardato la domanda se il Governo britannico avesse effettivamente riconosciuto Guaidó come Presidente del Venezuela. Come ricordato nella sentenza, il 26 gennaio 2019, il Regno Unito, insieme ad altri Paesi europei, aveva dato a Maduro otto giorni per indire nuove elezioni, allo scadere dei quali avrebbe altrimenti riconosciuto Guaidó quale Presidente *ad interim* del Venezuela⁶. Allo scadere dell'*ultimatum*, il 4 febbraio, non avendo Maduro indetto nuove elezioni, il Ministro degli Esteri Jeremy Hunt dichiarava: «The United Kingdom now recognises Juan Guaidó as the constitutional interim President of Venezuela, until credible presidential elections can be held»⁷. Il giudice Teare ha ritenuto tale dichiarazione sufficientemente chiara e vincolante per le corti del Regno Unito, dichiarando conseguentemente la nomina del presidente della BCV effettuata da Maduro «null and void»⁸.

Il giudice è pervenuto a tale conclusione dopo aver respinto vari argomenti sollevati dalla difesa del Governo Maduro, secondo cui la dichiarazione del Ministro degli Esteri non sarebbe stata sufficiente per concludere che il Regno Unito avesse effettivamente riconosciuto Guaidó come Presidente della Repubblica. Il primo dubbio in tal senso nasceva dal fatto che in applicazione della dottrina formulata nel 1980 dall'allora Ministro degli Esteri Lord Carrington e mai formalmente superata, il *Foreign Office* avrebbe dovuto astenersi dal compiere riconoscimenti formali di governo, limitandosi di volta in volta a valutare che tipo di rapporti intrattenere con i governi stranieri⁹. La *High Court*, rifacendosi anche alla recente sentenza *Breish*¹⁰, ha però ritenuto di non accordare importanza a questa circostanza, sottolineando come la dottrina *Carrington* non fosse vincolante per i governi successivi, e concludendo che «the meaning of the 4 February 2019 statement by HMG must depend, not upon the 1980 policy statement, but upon the words of that statement understood in their factual context»¹¹.

La seconda obiezione si fondava sulla circostanza che il Regno Unito avesse continuato ad intrattenere rapporti diplomatici con il Governo Maduro anche dopo il 4 febbraio, il che avrebbe suggerito l'esistenza di un

⁶ Si veda «EU nations give Venezuela's Maduro eight-day ultimatum», *Al-Jazeera.com*, 26 gennaio 2019.

⁷ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 12.

⁸ *High Court of Justice of England and Wales*, ordinanza (*ruling*) n. 1 del 24 luglio 2020, [2020] EWHC 2051 (Comm), *Deutsche Bank AG London Branch v Receivers Appointed by the Court & Ors.*, par. 9.

⁹ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 29.

¹⁰ *England and Wales Court of Appeal*, sentenza del 15 maggio 2020, [2020] EWCA Civ 637, *Mohamed v Breish & Ors.*

¹¹ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 30.

riconoscimento tacito del Governo Maduro tale da portare a rivalutare la portata della dichiarazione del Ministro Hunt. Se il riconoscimento tacito di governo è pacificamente riconosciuto dalla dottrina¹², al punto che, per Talmon, «recognition statements alone are seldom a safe guide to the intention of the recognizing State»¹³, il giudice Teare ha però rifiutato di prendere in considerazione le affermazioni relative alla continuazione delle relazioni diplomatiche tra il Governo Maduro e il Governo del Regno Unito, affermando di non poter accettare l'idea che «where HMG has unequivocally recognised a person as President it is constitutionally appropriate for the court to investigate the conduct of HMG with a view to contradicting that unequivocal recognition»¹⁴.

Il Governo Maduro ha inoltre sostenuto che la dichiarazione del 4 febbraio andasse interpretata conformemente al diritto internazionale e che un riconoscimento del Governo Guaidò da parte del Governo britannico avrebbe costituito un'ingerenza incompatibile con il principio di non intervento, soprattutto se letto alla luce delle ingenti riserve auree venezuelane sottoposte alla giurisdizione britannica¹⁵. Il giudice Teare ha tuttavia ritenuto che la dichiarazione del Ministro degli esteri esprimesse le intenzioni del Governo in maniera sufficientemente chiara e non richiedesse di essere interpretata alla luce del diritto internazionale¹⁶. Infine, il Governo Maduro ha contestato la legittimità della nomina del direttivo della BCV effettuata da Guaidò in quanto fondata su un atto legislativo nullo ed attuata con atti esecutivi non promulgati e pubblicati secondo le forme di legge, come peraltro affermato anche dal Tribunale Supremo di Giustizia del Venezuela¹⁷, in forza del principio dell'*act of State*, la *High Court* ha però ritenuto di non potersi pronunciare sulla legittimità di atti legislativi ed esecutivi di uno Stato straniero¹⁸.

¹² Si vedano J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, 2019 (IX ed.), p. 139; S. TALMON, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford, 2001, p. 21, nota 1.

¹³ S. TALMON, *Recognition of Governments*, cit., p. 42.

¹⁴ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 47.

¹⁵ Ivi, par. 39.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Ivi, par. 51.

¹⁸ Ivi, par. 93.

2. Riconoscimento di governo, principio di non intervento e controllo effettivo

Decidendo sulla base della posizione espressa dal Governo del suo Paese, il giudice Teare ha seguito un *modus operandi* comune a molte giurisdizioni nazionali¹⁹. Se ciò facilita il compito del giudice ed evita che diversi organi dello Stato si contraddicano, tale approccio ha però anche dei punti deboli. In particolare, esso presuppone acriticamente la liceità internazionale del riconoscimento effettuato dal Governo, assurgendo tale atto politico a *standard* di legalità interna. Nella decisione della *High Court*, ad esempio, il diritto internazionale non è usato per valutare la legalità del riconoscimento effettuato dal Governo, ma è considerato una chiave per interpretare la volontà di quest'ultimo; chiave inutile, per di più, se l'espressione di volontà è considerata sufficientemente chiara dal giudice. Presupponendo che il riconoscimento di governo sia un atto analizzabile solo sul piano dell'opportunità politica, e sul quale solo un organo politico può pronunciarsi, tale approccio si scontra però con anni di riflessioni della dottrina internazionalistica sul rapporto tra riconoscimento di governo e principio di non intervento. E per quanto esista una certa confusione sui criteri sulla cui base va individuato il governo dello Stato straniero, non è affatto detto che in determinate circostanze un riconoscimento di governo, o gli atti ad esso conseguenti, non possano violare il principio di non intervento, sollevando la questione della responsabilità internazionale dello Stato che effettua il riconoscimento. Almeno in principio, l'atto politico può quindi essere analizzato dal punto di vista della sua compatibilità con il diritto internazionale.

Scrivendo nel 1945, Lauterpacht affermava senza esitazioni che il riconoscimento prematuro di governo costituisca un atto in violazione del diritto internazionale²⁰. Come da lui stesso affermato:

«it is not for outside States to administer to the *de jure* government the *coup de grâce* by transferring full recognition to the victorious opponent. In so far as such withdrawal of recognition from the lawful government has result of hastening the final victory of the insurgents, it may commend itself for humanitarian reasons, but it is open to the charge of abandonment of the attitude of impartiality and, more generally, of an unlawful act of

¹⁹ Si veda *International Law Association, Committee on Recognition/Non-Recognition in International Law, Fourth (Final) Report*, Sydney, 2018, p. 28; *International Law Association*, 78esima conferenza, risoluzione 3/2018, Sydney, 19-24 agosto 2018.

²⁰ H. LAUTERPACHT, *Recognition of Governments: I*, in *Columbia Law Review*, 1945, p. 815 ss.

intervention»²¹.

Quanto alla differenza tra riconoscimento prematuro e riconoscimento legittimo, per Lauterpacht il criterio decisivo andava individuato nel controllo effettivo del territorio, corretto da una presunzione di legittimità a favore del governo in carica al momento dello scoppio dell'insurrezione o della guerra civile²². Fatta salva questa presunzione, egli era fortemente contrario all'utilizzo del criterio di legittimità costituzionale, che definiva «clearly illogical in a world in which all governments owe their origin to a revolutionary event in a more or less distant past», e che riteneva ormai superato²³.

Da allora, la questione di quali siano i criteri per individuare il governo di uno Stato straniero sembra essersi complicata. La prassi degli Stati suggerisce che il criterio di legittimità costituzionale non sia caduto in disuso, e che anzi, sia oggi molto più utilizzato che ai tempi di Lauterpacht, come testimoniato dal numero importante di Stati – compreso il Regno Unito – che riconoscono Guaidó Presidente del Venezuela in forza di una particolare interpretazione della Costituzione venezuelana²⁴. La stessa prassi, tuttavia, sembra indicare che il controllo effettivo rimane il principale criterio per individuare il governo di uno Stato straniero. A tal riguardo, sebbene la risoluzione 3/2018 dell'International Law Association (ILA), approvata alla Conferenza di Sidney, affermi che «the various approaches taken have not reflected firmly established criteria for assessing governmental legitimacy»²⁵, i rapporti preparatori redatti dal Comitato su *Recognition and non-recognition in International Law* sembrano invece indicare che, a fronte di una varietà di criteri, quello dell'effettività sia di gran lunga prevalente nella pratica degli Stati²⁶. Lo stesso Comitato ha del resto affermato che «with regard to the recognition of governments, effectiveness seems to be a criterion for such recognition in the view of 'almost all' legal sources consulted in preparing the Third Report»²⁷. Gran parte della dottrina sembra condividere l'opinione di Crawford, secondo cui «the standard set by international law is so far the standard of secure *de facto* control of all or most of the state

²¹ Ivi, p. 824.

²² Ivi., p. 821-823, 825-830.

²³ Ivi, p. 832.

²⁴ F. PADDEU, A. GURMENDI DUNKELBERG, "Recognition of Governments: Legitimacy and Control Six Months after Guaidó", *Opinio Juris*, 18 luglio 2019.

²⁵ *International Law Association*, risoluzione 3/2018, cit.

²⁶ *International Law Association, Committee on Recognition/Non-Recognition in International Law, Fourth (Final) Report*, p. 17.

²⁷ *Ibidem*.

territory»²⁸, anche se, per alcuni commentatori, il riconoscimento sarebbe ormai una questione di equilibrio tra diversi criteri²⁹. Secondo Roth, per esempio, il controllo effettivo fonderebbe una presunzione di legittimità, ossia il punto di partenza di una valutazione che può però essere completata alla luce di altri criteri³⁰.

3. Riconoscimento di Guaidó da parte del Regno Unito e principio di non intervento

Alla luce di quanto discusso nel precedente paragrafo, pare legittimo chiedersi se il riconoscimento di un nuovo governo che non controlla in modo effettivo il territorio dello Stato non equivalga – nelle parole di Lauterpacht – ad assestare un «colpo di grazia», o quantomeno un colpo scorretto, al governo che invece controlla una parte consistente del territorio, e non violi quindi il principio di non intervento. Anche se il giudice Teare ha ritenuto di non occuparsi della questione con riferimento al caso venezuelano, la questione dell'incompatibilità del riconoscimento britannico con il diritto internazionale, sollevata dal Governo Maduro, appare tutt'altro che priva di fondamento, e ciò non solo in ragione dello scarso controllo esercitato da Guaidó sul territorio (limite peraltro ammesso dalla stessa difesa di Guaidó)³¹. Anche la scelta di imporre un *ultimatum* a Maduro, condizionando il riconoscimento di governo all'indizione di nuove elezioni, sembra rilevante, in quanto indica chiaramente l'intenzione di utilizzare il riconoscimento come strumento per esercitare un'ingerenza nelle questioni interne del Venezuela. Inoltre, se tale modo di procedere ignora completamente il criterio di effettività, esso fa anche sorgere dei dubbi in merito alla genuinità dell'invocato argomento costituzionale. Non si capisce infatti come un presidente non ancora considerato costituzionalmente legittimo il 26 gennaio – a proclamazione già avvenuta – possa diventarlo il 4 febbraio, e solo perché Maduro non ha accettato le condizioni fissate dai governi in procinto di effettuare il riconoscimento.

Va detto, per completezza, che la questione se il semplice riconoscimento di governo possa violare il principio di non intervento è oggi più controversa di quanto non apparisse nel 1945. Se, da un lato, vi è chi ripropone

²⁸ J. CRAWFORD (ed.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, cit., p. 142.

²⁹ F. PADDEU, A. GURMENDI DUNKELBERG, "Recognition of Governments", cit.

³⁰ B.R. ROTH, *Whither Democratic Legitimising? Contextualizing Recent Developments in the Recognition and Non-Recognition of Governments*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 218.

³¹ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 36.

la tesi di Lauterpacht senza particolari correzioni³², dall'altro lato, vi è anche chi, come Pertile, suggerisce che la violazione potrebbe derivare «non tanto dall'atto verbale del riconoscimento di governo, ma dagli atti materiali ad esso successivi e su di esso fondati come il sostegno economico e l'avvio di relazioni diplomatiche»³³. Anche a voler ammettere che il riconoscimento del Governo Guaidó non violi in sé il principio di non intervento, quindi, rimane pur sempre la possibilità che alcuni atti conseguenti – ed in particolare la decisione di disconoscere il diritto del Governo Maduro di disporre delle riserve auree del Venezuela depositate presso la *Bank of England* – costituiscono ingerenze incompatibili con il diritto internazionale. La stessa difesa del Governo Maduro sembra derivare l'illiceità del riconoscimento britannico più dalle sue conseguenze finanziarie che dal suo tenore letterale. Per questo, essa ha sottolineato «the context of access to foreign reserves» nel quale il riconoscimento ha avuto luogo³⁴. Bisogna peraltro ammettere che se letto alla luce di questo contesto – che né il Governo del Regno Unito né il Governo Maduro potevano ignorare – l'*ultimatum* di fine gennaio 2019 assume i contorni di un'ingerenza particolarmente intensa, in quanto prefigurava, in modo indiretto ma chiarissimo per le parti in causa, serissime conseguenze finanziarie qualora il Governo Maduro non avesse rispettato le condizioni di Londra. Conseguenze che si sono prontamente verificate quando la *Bank of England* ha rifiutato di seguire le istruzioni del presidente della BCV nominato da Maduro, e che la *High Court of Justice* ha poi ratificato.

La gravità delle conseguenze del riconoscimento è stata denunciata anche dal Rappresentante permanente del Venezuela presso le Nazioni Unite a New York in alcune lettere al Presidente del Consiglio di sicurezza. Per dare un'idea del livello di indignazione, già nelle prime righe della missiva del 26 maggio 2020 la scelta della *Bank of England* di disconoscere la firma del Presidente della BCV nominato da Maduro è definita «the greatest robbery in the modern history of the Bolivarian Republic of Venezuela»³⁵. È inoltre interessante notare come, nella narrazione del Rappresentante permanente, l'ingerenza sia considerata tanto più grave in quanto essa priva il Paese di risorse importanti nel bel mezzo di una pandemia. Racconta il

³² Si veda J.A. FROWEIN, *Recognition*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, par. 15.

³³ M. PERTILE, «Sul riconoscimento di governo», cit.

³⁴ *High Court of Justice of England and Wales*, sentenza del 2 luglio 2020, cit., par. 39.

³⁵ Consiglio di sicurezza, *Letter dated 26 May 2020 from the Permanent Representative of the Bolivarian Republic of Venezuela to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2020/444.

Rappresentante permanente che, a causa della situazione economica del Paese e delle sanzioni di cui è oggetto, per il Venezuela sarebbe stato pressoché impossibile («nearly impossible») ricevere approvvigionamenti di equipaggiamento medico, medicine, mascherine ed altri rifornimenti definiti decisivi nella lotta al COVID-19³⁶. La BCV (da intendersi il «direttivo Maduro») avrebbe quindi concluso un accordo con lo *United Nations Development Programme* per l'acquisto di medicinali e strumenti medici, e parte delle riserve depositate nel Regno Unito sarebbero state destinate proprio alla conclusione di questa transazione³⁷. La *Bank of England* sarebbe stata informata dell'accordo e avrebbe ricevuto l'istruzione di liquidare parte delle riserve venezuelane per permettere al Venezuela di onorarlo. L'istruzione sarebbe però stata disattesa, portando il Governo Maduro ad iniziare una causa contro la *Bank of England*³⁸. Nella sua risposta del 29 maggio, indirizzata al Presidente del Consiglio di sicurezza, il Chargé d'affaires del Regno Unito non ha smentito questa ricostruzione, limitandosi a ricordare che la *Bank of England* è un'istituzione autonoma che non riceve istruzioni dal Governo³⁹. Ciò non ha impedito al Rappresentante permanente del Venezuela di caratterizzare la scelta della *Bank of England* come l'esempio di un'attitudine del Regno Unito ostile al Venezuela, contraddistinta dal perseguimento di «regime change policies» in palese violazione dei principi fondamentali delle Nazioni Unite, incluso il principio di non intervento (lettera dell'8 giugno)⁴⁰.

Al netto della retorica, è chiaro che la decisione del Regno Unito di riconoscere Guaidò quale presidente *ad interim* abbia avuto conseguenze giuridiche – almeno sui beni venezuelani nel Regno Unito – e materiali che vanno ben al di là delle mere relazioni diplomatiche tra i due Paesi. Inoltre, il contesto pandemico fa sorgere delle domande a proposito dell'importanza del requisito del controllo effettivo. Alcuni autori hanno criticato questo criterio in quanto eccessivamente vicino alla nozione austriana di norma giuridica come «order-backed-by-threat»⁴¹, auspicando l'adozione del criterio

³⁶ Ivi, p. 2.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Consiglio di sicurezza, *Letter dated 29 May 2020 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2020/464.

⁴⁰ Consiglio di sicurezza, *Letter dated 8 June 2020 from the Permanent Representative of the Bolivarian Republic of Venezuela to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2020/520.

⁴¹ Si veda in particolare M. ARISTODEMOU, *Choice and Evasion in Judicial Recognition of Governments: Lessons from Somalia*, in *European Journal of International Law*, 1994, 532 ss. Per

di legittimità costituzionale, visto come più favorevole all'ideale di democrazia⁴². Il problema è serissimo, soprattutto in una regione del mondo con una storia marcata da sanguinose dittature militari come l'America Latina. Situazioni come la presente pandemia evidenziano però i limiti di quest'approccio. Un minimo di controllo del territorio è infatti necessario per contenere e combattere un'epidemia. Per quanta legittimità e sostegno popolare ed internazionale possa avere Guaidó, l'impressione è che, nel contesto attuale, egli possa fare ben poco per prevenire e ridurre il contagio o per garantire assistenza medica alle persone colpite dalla malattia. Talmon ricorda come «a government, as a rule, does not own property but holds in trust the property owned by its State»⁴³. Riconoscere un governo che manca totalmente di controllo del territorio significa quindi indicare come legittimo rappresentante di uno Stato straniero un'entità che non ha il potere effettivo di svolgere le prerogative dello Stato. Ciò è problematico, soprattutto se il riconoscimento autorizza questa entità a prendere possesso delle proprietà dello Stato sottoposte alla giurisdizione dello Stato riconoscente; risorse che chi controlla il territorio non potrà utilizzare. Probabilmente la questione non può essere risolta squalificando l'uno o l'altro criterio, poiché entrambi rispondono a valori riconosciuti dal diritto internazionale contemporaneo. Pur non negando che il controllo effettivo possa essere utilizzato insieme ad altri criteri, ci si chiede però se la scelta di ignorarlo completamente non rischi di portare a conclusioni paradossali.

4. Conclusione

In conclusione, vi è qualcosa di logico ed istintivamente giusto nell'idea che il diritto internazionale sanzioni quei riconoscimenti compiuti in modo arbitrario al solo fine di ostacolare un avversario politico o causare un cambio di regime. Seppur scritto in un'epoca ormai remota, l'articolo di Lauterpacht sul riconoscimento di governo sembra ispirarsi a quest'idea. La semplicità di questo principio sembra però infrangersi sullo scoglio dell'individuazione di un criterio applicativo. Tutto o quasi sembra poter essere giustificato scegliendo di volta in volta il criterio del controllo effettivo o quello della legittimità costituzionale, a seconda delle convenienze contingenti.

una discussione del concetto di *order backed by threat* in Austin, si veda anche H. L. A. HART, *The Concept of Law* (III ed.), Oxford, 2012, p. 18 ss.

⁴² In particolare, si veda E. DE WET, *From Free Town to Cairo Via Kiev: The Unpredictable Road of Democratic Legitimacy in Governmental Recognition*, in *AJIL Unbound*, 2014, 201 ss.

⁴³ S. TALMON, *Recognition of Governments*, cit., p. 199.

L'impressione è che tutti i riconoscimenti siano in fondo motivati da logiche politiche lungo le linee dell'opposizione amico-nemico. I riconoscimenti ottenuti da Guaidó e Maduro non dicono molto della situazione venezuelana, ma dicono chiaramente chi sta con gli USA e chi con Cina e Russia. Se ogni riconoscimento è in qualche modo un tentativo di influenzare la politica di altri Stati, ciò non può che avere un impatto sulla percezione della gravità dell'ingerenza che da esso consegue. Come osserva Pertile, a fronte della sempre maggiore disinvoltura con cui gli Stati pretendono di pronunciarsi su questioni di legittimità concernenti altri governi, il riconoscimento prematuro è visto come un'ingerenza tutto sommato minore. Resta da chiarire se il riconoscimento di un'entità priva di controllo del territorio possa essere considerata in violazione del principio di non intervento in ragione degli atti ad essa conseguenti, nel nostro caso la scelta di disconoscere il diritto di un governo di disporre di un miliardo di dollari. In caso di risposta negativa dovremmo probabilmente chiederci se il principio di non intervento trova davvero applicazione al di fuori del caso dell'uso della forza. Questo però dovrebbero dirlo i giudici. A tal proposito, sarebbe utile che le corti nazionali non risolvessero la questione attenendosi in modo meccanico all'intenzione manifestata dall'esecutivo, ma accettassero l'idea che tale riconoscimento potrebbe anche essere illecito, e discutessero del problema sulla base del diritto internazionale, contribuendo a svilupparlo e chiarirlo.

Sulla giustiziabilità dell'obbligo di non riconoscimento: a margine di alcuni casi di riconoscimento concernenti Israele

AGNESE VITALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Politica di non riconoscimento dell'occupazione israeliana in ambito ONU. – 3. Il parere della CIG nel caso del *Muro*. – 4. Considerazioni sull'ambito di applicazione dell'obbligo di non riconoscimento e *triggering norms*. – 5. (*Segue*): il trasferimento dell'ambasciata statunitense a Gerusalemme. – 6. Violazione diretta dell'obbligo di non riconoscimento e sua giustiziabilità. – 7. Violazione indiretta dell'obbligo di non riconoscimento, giustiziabilità e invalidità di trattati confliggenti. – 8. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Questo lavoro si pone l'obiettivo di analizzare la responsabilità internazionale diretta e indiretta per violazione dell'obbligo di non riconoscimento di gravi violazioni di norme perentorie, e sulla relativa giustiziabilità davanti alla CIG. L'analisi è condotta a partire da alcuni casi di riconoscimento concernenti Israele: il riconoscimento di Israele da parte di alcuni Paesi arabi, e il trasferimento di ambasciata, da parte di Kosovo, Guatemala e Repubblica Ceca, da Tel Aviv a Gerusalemme (ovvero il riconoscimento di Gerusalemme come capitale di Israele). In quest'ultimo caso, ci troviamo di fronte ad una violazione diretta dell'obbligo di non riconoscimento, di fronte alla quale gli Stati terzi potranno "estendere" l'obbligo di non riconoscimento agli atti di riconoscimento illegali, richiedere la cessazione dell'illecito (ovvero la revoca del riconoscimento precedentemente accordato), assicurazioni di non ripetizione e riparazione per lo Stato leso. qualora questi Stati siano portati dinanzi alla CIG, si può presumere che la Corte decida di pronunciarsi disapplicando il principio del *Monetary Gold*. Per quanto riguarda, invece, il caso dei Paesi arabi, ci troviamo di fronte a una violazione indiretta dell'obbligo di non riconoscimento (ovvero tramite trattato riguardante anche il territorio palestinese occupato). La responsabilità internazionale dei *recognizing States* è qui ugualmente configurabile (qualora divengano chiari i termini dei nuovi accordi con Israele e da questi emerga un'applicazione incondizionata a tutti i territori sotto controllo israeliano), e la CIG similmente potrebbe esprimersi sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo.

PAROLE CHIAVE: Non riconoscimento – Israele – Palestina – responsabilità – giustiziabilità – CIG.

* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Firenze, agnese.vitale@unifi.it.

1. Introduzione

Con l'annuncio da parte degli Emirati Arabi Uniti (EAU)¹ e poi del Bahrain², del Sudan³ e del Marocco⁴ di voler ristabilire normali relazioni diplomatiche con Israele, sale a sei il numero di Paesi arabi ad aver riconosciuto lo Stato ebraico (Egitto nel 1979, Giordania nel 1994), e altri Paesi arabi potrebbero seguire. Secondo alcuni esponenti politici palestinesi⁵, questi Paesi avrebbero in tal modo minato il consenso del mondo arabo, leva politica e diplomatica assai importante, riguardo alla posizione per cui il riconoscimento di Israele sarebbe stato concesso solo in caso di importanti progressi nei colloqui di pace con le autorità palestinesi per la creazione di uno Stato palestinese indipendente (riconoscimento c.d. condizionato)⁶. Formalmente, tuttavia, la questione palestinese è stata tenuta fuori dai tavoli di discussione su espressa richiesta dei Paesi arabi. Non è quindi chiaro se i nuovi accordi con Israele siano da intendersi estesi ai territori palestinesi occupati, concretizzando un riconoscimento dell'acquisizione territoriale israeliana. Nel frattempo, Netanyahu tiene a sottolineare che tale questione è sospesa solo in maniera "temporanea". Non a caso, poco dopo aver firmato gli accordi con gli EAU e il Bahrain, il presidente israeliano ha da più parti affermato che il piano di pace ('Deal of the century') di Trump non è venuto meno. Alla domanda di un giornalista israeliano, Amnon Lord, sul giornale *Israel HaYom*, riguardo al fatto che Israele avrebbe "nascosto" ai Paesi arabi le proprie mire di sovranità per concludere gli accordi di normalizzazione, il presidente ha risposto che non vi è stata nessuna mossa segreta e che, appunto, è tutto scritto pubblicamente nel piano di pace statunitense. Secondo il piano, ribadisce il presidente, Israele guadagnerà il 30 per cento dei territori occupati nella *West Bank*, senza che gli insediamenti israeliani, considerati necessari per la sicurezza del Paese, subiscano alcuna modifica⁷. Ciò ha reso sospetta la mossa diplomatica dei Paesi arabi, che è stata interpretata

¹ M. LEE, "Israel, UAE to sign deal at White House next week", *AP News*, 9 settembre 2020.

² M. LANDLER, "Another Gulf State Recognizes Israel. Here's Why It Matters", *New York Times*, 12 settembre 2020.

³ A. SULIMAN, C. GUBASH, "Sudan formally recognizes Israel in U.S.-brokered deal", *NBCNews*, 23 ottobre 2020.

⁴ O. HOLMES, "Israel and Morocco agree to full diplomatic relations, says Trump", *The Guardian*, 10 dicembre 2020.

⁵ J. KRAUSS, "Palestinians say UAE deal hinders quest for Mideast peace", *AP News*, 14 agosto 2020.

⁶ Arab Peace Initiative, testo disponibile su www.europarl.europa.eu.

⁷ "Netanyahu says Israel-UAE deal won't stop West Bank annexation", *Middle East Eye*, 17 agosto 2020.

da alcuni attori internazionali come il primo passo verso un pieno riconoscimento delle aspirazioni israeliane. Si consideri, a riguardo, che specularmente il Marocco ha riconosciuto Israele in cambio del riconoscimento, da parte di quest'ultimo e degli Stati Uniti, della sovranità di Rabat sui territori occupati del Sahara occidentale⁸.

Uno sguardo ad ampio raggio alla politica estera statunitense spiega perché questi timori appaiono fondati. Come risultato della "Pax Americana" proposta dall'amministrazione Trump, il Kosovo ha trasferito la propria ambasciata a Gerusalemme nel marzo 2021⁹, riconoscendo quindi quest'ultima come capitale di Israele. Similmente il Guatemala e la Repubblica Ceca hanno aperto a Gerusalemme uffici di rappresentanza diplomatica¹⁰. La Serbia, che aveva annunciato anch'essa il trasferimento della propria ambasciata, sembra per il momento aver rinunciato a causa dello stabilimento di relazioni diplomatiche ufficiali fra Kosovo e Israele¹¹.

A questo punto viene da chiedersi: quali conseguenze di diritto internazionale si profilano qualora divenga chiaro che i Paesi arabi intendano riconoscere l'annessione dei territori occupati? E allo stesso modo, quali conseguenze potranno applicarsi a Kosovo, Guatemala e Repubblica Ceca per aver trasferito la loro ambasciata a Gerusalemme seguendo l'esempio statunitense del 2017? Questi casi di riconoscimento rappresentano infatti un'ottima occasione di studio sulle conseguenze derivanti da una violazione dell'obbligo di non riconoscimento e sulla sua giustiziabilità davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (CIG). Se siffatta analisi potrebbe sembrare teorica, soprattutto alla luce dell'indeterminatezza degli accordi stipulati con Israele, pare tuttavia importante esaminare criticamente i fatti di politica internazionale suscettibili di produrre effetti giuridici che mettono a rischio la salvaguardia di valori fondamentali della comunità internazionale.

⁸ Anche in questo caso si è concretizzata una violazione dell'obbligo di non riconoscimento. Vi sono state invero reazioni politiche da parte di alcuni Stati, fra cui Spagna e Germania. Vedi G. KEELEY, "Spain Calls for UN-brokered Solution to Western Sahara Dispute", *Voanews*, 11 marzo 2021; "Sahara tension: Moroccan row deepens with Germany", *Arab News*, 3 marzo 2021.

⁹ "Kosovo opens embassy in Jerusalem after Israel recognises its independence", *The Guardian*, 14 marzo 2021.

¹⁰ R. EGLASH, "As criticism of Israel mounts, Guatemala opens its embassy in Jerusalem", *The Washington Post*, 16 maggio 2018; "Arab Parliament, Jordan condemns opening of Czech Jerusalem office", *Arab News*, 15 marzo 2021.

¹¹ R. AHREN, "Serbia won't open Jerusalem embassy if Israel recognizes Kosovo – Serbian source", *The Times of Israel*, 9 settembre 2020.

2. Politica di non riconoscimento dell'occupazione israeliana in ambito ONU

Vale la pena ricordare, innanzitutto, che l'occupazione israeliana dei territori palestinesi è stata oggetto di condanna da parte degli organi politici delle Nazioni Unite sin dalla Guerra dei Sei Giorni del 1967. Varie risoluzioni sia del Consiglio di sicurezza che dell'Assemblea generale hanno dato inizio a una duratura "politica" di non riconoscimento delle pretese di sovranità israeliane sui territori occupati. Più precisamente, le risoluzioni condannano le condotte del Governo occupante che violano il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese e si pongono in contrasto con le norme di diritto internazionale che regolano l'occupazione bellica, fra cui il tentativo di modificare lo *status* della città di Gerusalemme e la politica di espansione delle colonie nei territori occupati.¹²

3. Il parere della CIG nel caso del Muro

Nel 2004, inoltre, si è espressa anche la CIG nel parere consultivo sulle *Conseguenze giuridiche dell'edificazione di un muro nel territorio palestinese*

¹² V. *inter alia*, Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 252 (1968) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/252 del 21 maggio 1968; Consiglio di sicurezza, *The Situation in the Middle East on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/267 del 3 luglio 1969; Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 298 (1971) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/298 del 25 settembre 1971; Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 446 (1979) on establishment of a commission to examine the situation relating to settlements in the Arab territories occupied by Israel*, UN Doc. S/RES/446 del 22 marzo 1979; Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 465 (1980) on Israeli settlement policies in the occupied territories*, UN Doc. S/RES/465 del 1 marzo 1980; Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 478 (1980) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/478 del 20 agosto 1980; Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 2334 (2016) on cessation of Israeli settlement activities in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, UN Doc. S/RES/2334 del 23 dicembre 2016; Assemblea generale, *Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem*, UN Doc. A/RES/2253(ES-V) del 4 luglio 1967; Assemblea generale, *Measures taken by Israel to change the status of the City of Jerusalem*, UN Doc. A/RES/2254(ES-V) del 14 luglio 1967; Assemblea generale, *Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories*, UN Doc. A/RES/31/106 del 16 dicembre 1976; Assemblea generale, *Report of the Special Committee to Investigate Israeli Practices Affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories*, UN Doc. A/RES/33/113 del 18 dicembre 1978; Assemblea generale, *Illegal Israeli actions in occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/RES/ES-10/2 del 25 aprile 1997.

*occupato*¹³. La Corte ha affermato che la costruzione del muro di separazione fra Israele e i territori palestinesi occupati e il suo «associated regime» configura una violazione del diritto internazionale, in particolare viola le norme sul divieto di minaccia o uso della forza, il principio di autodeterminazione dei popoli, alcuni principi di diritto internazionale umanitario e molteplici norme in materia di diritti umani. Dalla natura *erga omnes* di alcuni di questi obblighi, derivava, secondo la Corte, un obbligo per ciascuno Stato di non riconoscere la situazione illegale data dalla costruzione del muro e un obbligo di non prestare aiuto o assistenza nel mantenere tale situazione.

4. Considerazioni sull'ambito di applicazione dell'obbligo di non riconoscimento e *triggering norms*

Molto importante è sottolineare che, nel parere appena citato, la Corte sembra ritenere che l'obbligo di non riconoscimento sorga quale conseguenza della violazione grave di qualsiasi obbligo *erga omnes*, mentre il Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, aveva limitato l'obbligo *de quo* al solo caso di violazione grave di norme imperative¹⁴. D'altra parte è stato sottolineato in dottrina come «there are no grounds for the effects of the *ex iniuria ius non oritur* principle [...] to be limited to the most serious infringements of standards of fundamental importance to the international community»¹⁵. Alcuni autori, proprio alla luce della massima *ex iniuria ius non oritur*, prospettano un'applicazione dell'obbligo di non riconoscimento alla violazione di qualsiasi norma di diritto internazionale. In questa prospettiva, si spiegherebbe come mai l'applicazione dell'obbligo di non riconoscimento non si sia limitata, nella prassi, alla situazione di fatto creatasi dalla violazione della norma “primaria” perentoria o solidale, ma si sia estesa anche ad altri atti e situazioni illegali di diversa natura. A nostro avviso, tuttavia, gli atti di riconoscimento della situazione illegale, su cui vige un obbligo di non riconoscimento, da parte di Stati terzi, sono da intendersi come “propaggini” della violazione principale di una norma perentoria o

¹³ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 121, 122, 134.

¹⁴ Commissione del diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc. A/56/10, del 23 aprile – 10 agosto 2001, art. 41 par. 2: «No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation».

¹⁵ W. CZAPLINSKI, *State Responsibility for Unlawful Recognition*, in W. CZAPLINSKI, A. KLECZKOWSKA (eds), *Unrecognized Subjects in International Law*, Warsaw, 2019, p. 152.

solidale¹⁶: in altre parole, come vi è l'obbligo di non riconoscere una situazione illegale creatasi in conseguenza della violazione di una norma perentoria o solidale, così la violazione di tale obbligo di non riconoscimento produce, a propria volta, una situazione illegale che esige, come tale, di non essere riconosciuta da alcuno Stato perché contraria non soltanto all'obbligo stesso, ma anche alle suddette norme perentorie o solidali.¹⁷

5. (Segue): il trasferimento dell'ambasciata statunitense a Gerusalemme

Il caso del trasferimento dell'ambasciata statunitense da Tel Aviv a Gerusalemme nel 2017 è paradigmatico. Questo avvenimento, infatti, è stato considerato dalla comunità internazionale come implicante il riconoscimento, da parte degli USA, della sovranità israeliana sulla città (che gode invece di uno *status* speciale fin dal 1947), configurandosi dunque come una violazione del diritto internazionale. Ciò è avvenuto tramite la risoluzione ES-10/19 del 22 dicembre 2017 dell'Assemblea generale dell'ONU sulla base di un testo avanzato da parte di Turchia e Yemen¹⁸, dopo che il veto posto dagli Stati Uniti in sede di Consiglio di sicurezza aveva ivi precluso l'adozione di un progetto di risoluzione avanzato dall'Egitto (ottenendo tuttavia 14 voti favorevoli). La maggioranza dei membri dell'Assemblea generale ha sottolineato come l'azione statunitense sia contraria al diritto internazionale, dimostrando quindi di rimanere ancorata all'obbligo di non riconoscimento riguardo a qualsiasi modificazione territoriale nella regione. L'Assemblea "estende" l'obbligo di non riconoscimento al trasferimento dell'ambasciata USA a Gerusalemme agli Stati terzi considerandola azione o misura

¹⁶ V.A. LAGERWALL, *Non recognition of Jerusalem as Israel's Capital: A condition for international law to remain a relevant framework?*, in *Questions of International Law*, 2018, p. 40.

¹⁷ V.W. CZAPLINSKI, *State Responsibility for Unlawful Recognition*, in *Unrecognized Subjects in International Law*, cit., p. 157.

¹⁸ Qui si legge che: «[The General Assembly] 1. Affirms that any decisions and actions which purport to have altered the character, status or demographic composition of the Holy City of Jerusalem have no legal effect, are null and void and must be rescinded in compliance with relevant resolutions of the Security Council, and in this regard calls upon all States to refrain from the establishment of diplomatic missions in the Holy City of Jerusalem, pursuant to Council resolution 478 (1980); 2. Demands that all States comply with Security Council resolutions regarding the Holy City of Jerusalem, and *not recognize any actions or measures contrary to those resolutions*», Assemblea generale, *Status of Jerusalem*, UN Doc. A/RES/ES-10/19 del 22 dicembre 2017 (corsivo aggiunto).

contraria alla risoluzione 478 (1980)¹⁹ del Consiglio (verso la quale vige obbligo di esecuzione ai sensi dell'art. 25 della Carta)²⁰. A seguito di questa vicenda, è stata avanzata, in dottrina, l'idea che anche l'obbligo di non riconoscimento abbia necessariamente carattere *erga omnes*²¹, e che quindi la sua attuazione possa essere pretesa da tutti i membri della comunità internazionale rispetto agli altri membri. Si potrebbe dunque sostenere che in questi casi la responsabilità per un atto di riconoscimento illegale è fatta valere dagli Stati terzi in forza sia del carattere *erga omnes* dell'obbligo di non riconoscimento sia in forza delle norme primarie, perentorie o solidali, che l'obbligo è teso a salvaguardare.

Il regime di responsabilità, innescato dalla violazione dell'obbligo, comporta che gli Stati terzi siano legittimati a richiedere l'immediata cessazione dell'illecito (ovvero la revoca del riconoscimento precedentemente accordato), assicurazioni di non ripetizione e la riparazione del danno a favore dello Stato leso (o della popolazione lesa). Inoltre, non troverà applicazione alcuna la regola consuetudinaria dell'*estoppel*: ogni atto di riconoscimento, pertanto, sarà revocabile. In tali casi, la revoca del riconoscimento precedentemente concesso avrà effetti retroattivi, come sottolineato da taluni autori: «[f]or, what is null and void (...) must be invalid from its inception; this means that by virtue of the declaration the effects of the previously granted recognition are deleted "nunc pro tunc"»²².

Prima di passare all'analisi della responsabilità per violazione dell'obbligo di non riconoscimento, è utile fare chiarezza sulla valenza per il diritto internazionale del trasferimento di ambasciate a Gerusalemme. Nonostante la comunità internazionale non abbia adottato misure di fronte alla proclamazione di Gerusalemme ovest come capitale di Israele nel 1950, vi sono dubbi circa l'acquisizione di sovranità israeliana su tale parte della città; sembra cioè che questo sia un assetto provvisorio che è da ricollegarsi al piano

¹⁹ Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 478 (1980) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/478 del 20 agosto 1980.

²⁰ Vedi anche CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, p. 56, par. 126: «[...] no State which enters into relations with South Africa concerning Namibia may expect the United Nations or its Members to recognize the validity or effects of such relationship, or of the consequences thereof».

²¹ V.M. ARCARI, *The relocation of the US embassy to Jerusalem and the obligation of non-recognition in international law*, in *Questions of International Law*, 2018, p. 7.

²² R. LANGER, *Seizure of territory. The Stimson Doctrine and Related Principles in Legal Theory and Diplomatic Practice*, New Jersey, 1947, p. 114.

di pace per la creazione di due Stati indipendenti²³. Tuttavia, anche accogliendo l'opinione per cui Gerusalemme ovest sia parte del territorio israeliano e la *Green Line* costituisca il confine di tale territorio²⁴, è stato sottolineato come l'ambasciata statunitense sia situata nella "no man's land" proprio a cavallo della linea armistiziale del 1948²⁵. Inoltre, e soprattutto, è stata sollevata la questione riguardo la possibilità che il trasferimento di ambasciata da parte degli USA (e poi degli altri Stati a seguire) possa implicare un riconoscimento della sovranità israeliana sulla città intera, e non soltanto su Gerusalemme ovest²⁶. In questo senso, tali azioni potrebbero compromettere lo *status* finale della città e la soluzione del conflitto israelo-palestinese.

Nella risoluzione 476/1980 il Consiglio di sicurezza afferma che tutte le misure che alterano lo *status* geografico, demografico e storico di Gerusalemme sono «null and void»²⁷. Nello stesso senso anche la risposta del Consiglio di sicurezza nel 1980 alla promulgazione della *Basic Law*, secondo la quale Gerusalemme era da considerarsi «complete and united, the capital of Israel». Nella risoluzione 478/1980, il Consiglio infatti non riconosce la *Basic Law* e tutte le altre azioni di Israele che mirano a modificare lo *status* della Città Santa, e sollecita gli Stati che vi hanno trasferito missioni diplomatiche a ritirarle²⁸. La risoluzione non specifica in quale parte della città non devono essere istituite missioni diplomatiche. Allo stesso modo, gli Stati che hanno votato a favore della risoluzione dell'Assemblea generale del 2017 non si

²³ V. ad esempio Consiglio di sicurezza, *The situation in the Middle East, including the Palestinian question*, UN Doc. S/PV.8138 del 18 dicembre 2017. Questa è anche la posizione sostenuta dalla stessa Palestina nella richiesta di avvio del procedimento contro gli Stati Uniti davanti alla CIG, v. CIG, domanda di avvio procedimento del 28 settembre 2018, *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*.

²⁴ In questo senso, v. CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., p. 167, par. 78.

²⁵ D. HUGHES, *The United States Embassy in Jerusalem: Does location matter?*, in *Questions of International Law*, 2018, p. 23 ss.

²⁶ V. KATTAN, *Why US Recognition of Jerusalem Could Be Contrary to International Law*, in *Journal of Palestine Studies*, 2018, p. 72.

²⁷ «[...] all such measures which have altered the geographic, demographic and historical character and status of the Holy City of Jerusalem are null and void and must be rescinded in compliance with the relevant resolutions of the Security Council», Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 476 (1980) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/476 del 30 giugno 1980.

²⁸ «[The Security Council] Decides not to recognize the "basic law" and such other actions by Israel that, as a result of this law, seek to alter the character and status of Jerusalem and calls upon: (a) All Member States to accept this decision; (b) Those States that have established diplomatic missions at Jerusalem to withdraw such missions from the Holy City», Consiglio di sicurezza, *Security Council resolution 478 (1980) on the status of Jerusalem*, UN Doc. S/RES/478 del 20 agosto 1980.

sono interrogati sul posizionamento dell'ambasciata statunitense, se ad est od ovest della città, perché in ogni caso tale azione risultava come una forma di riconoscimento di una situazione contraria al diritto internazionale o altri, ancor più specificatamente, come una violazione dell'obbligo di non riconoscimento²⁹.

6. Violazione diretta dell'obbligo di non riconoscimento e sua giustiziabilità

Occorre introdurre una distinzione in materia di responsabilità internazionale per violazione dell'obbligo di non riconoscimento di una illegale pretesa di sovranità. La violazione, infatti, può essere diretta o indiretta³⁰. Per violazione diretta si intende una dichiarazione espressa o un atto concludente a favore del riconoscimento *de jure*. Per quanto riguarda l'atto concludente, quale il trasferimento dell'ambasciata a Gerusalemme, si potrebbe comunque presentare la difficoltà di stabilire se questo costituisca o meno un riconoscimento "implicito" o "tacito" della situazione illegale.

Conviene a nostro avviso adottare l'impostazione avanzata da Lauterpacht secondo cui: «(r)ecognition is primarily and essentially a matter of intention. Intention can be replaced by questionable inferences from conduct»³¹. È compito della comunità internazionale, preferibilmente tramite gli organi politici dell'ONU, stabilire se vi sia intenzione specifica di riconoscere la situazione illegale e quindi avallare una violazione del diritto internazionale generale, che nel caso specifico vieta l'acquisizione di territori tramite l'uso della forza e in contrasto con il principio di autodeterminazione dei popoli.

In questo caso, inoltre, il riconoscimento attuato tramite il trasferimento di ambasciata da parte degli Stati Uniti viola *direttamente* le risoluzioni del Consiglio di sicurezza volte ad impedire proprio trasferimenti di ambasciate e altri atti che possano compromettere lo *status* della città di Gerusalemme; così è stato affermato anche dalla maggioranza degli Stati in seno all'Assemblea generale nella risoluzione del 22 dicembre 2017. Deve quindi presumersi che una situazione simile si potrebbe verificare nei riguardi degli altri Stati che hanno effettivamente trasferito le loro ambasciate a Gerusalemme.

²⁹ Si veda M. PERTILE, S. FACCIO, *What we talk about when we talk about Jerusalem: The duty of non-recognition and the prospects for peace after the US embassy's relocation to the Holy City*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, p. 628 ss.

³⁰ A. PERT, *The "Duty" of Non-Recognition in Contemporary International Law: Issues and Uncertainties*, in *Sydney Law School Research Paper No. 13/96*, 2013, p. 19 ss.

³¹ H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, London, 1947, p. 371.

Infine, dai precedenti casi di applicazione dell'obbligo di non riconoscimento da parte degli organi politici dell'ONU e della CIG, risulta chiaro che il contenuto dell'obbligo stesso prevede l'interdizione dall'includere «dans la juridiction d'une mission diplomatique un territoire annexé illégalement»³².

Ci occupiamo quindi della giustiziabilità di una violazione diretta dell'obbligo di non riconoscimento davanti alla CIG. Ciò è tanto più importante se si ricorda che gli effetti dell'obbligo sono più significativi quando mirano a negare un «asserted legal status such as statehood, or a claim to title to territory arising from the factual situation»³³, mentre nel caso di non riconoscimento di «atti», quale il trasferimento dell'ambasciata, l'obbligo è ritenuto essere «without real substance»³⁴ o «without real impact»³⁵.

È da rilevarsi che in nessuna sentenza rilevante ai fini dell'obbligo di non riconoscimento la Corte si è espressa riguardo alle circostanze necessarie a stabilire quando l'obbligo è stato violato né alle conseguenze scaturenti da suddetta violazione. Portare in giudizio uno Stato terzo per violazione dell'obbligo comporterebbe innanzitutto il rischio che la Corte decida di non esprimersi, in conformità al noto principio sancito nel caso *Monetary Gold*. Nel nostro caso, ciò implicherebbe che la Corte si pronunciasse sulla legalità o meno delle pretese di sovranità sulla città di Gerusalemme da parte di Israele, il quale non sarebbe, di base, parte alla controversia. Si tratta di un'ipotesi che a nostro avviso potrebbe concretizzarsi per la CIG nel prendere in esame il ricorso presentato dalla Palestina contro gli Stati Uniti per violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961³⁶.

Nel caso relativo al Timor Orientale, la Corte ha applicato il principio *Monetary Gold* in virtù del fatto, *inter alia*, che il carattere *erga omnes* di una norma e la regola sul consenso alla giurisdizione sono due cose differenti³⁷.

³² E. CASTELLARIN, *Le déplacement à Jérusalem de l'ambassade des Etats-Unis en Israël: questions autour de l'obligation de non-reconnaissance*, in *Questions of International Law*, 2018, p. 50.

³³ S. TALMON, *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, in C. TOMUSCHAT, J.M. THOUVENIN (eds), *The Fundamental Rules of the International Legal Order Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden-Boston, 2005, p. 107.

³⁴ Ivi, p. 104.

³⁵ M. ARCARI, *The relocation of the US embassy to Jerusalem*, cit., p. 13.

³⁶ CIG, *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, cit.

³⁷ «The *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so,

Nella stessa sentenza, tuttavia, una porta viene lasciata aperta. La Corte, infatti, ha rigettato uno degli argomenti avanzati dal Portogallo secondo il quale il *Monetary Gold standard* non doveva applicarsi al caso di specie poiché le risoluzioni dell'Assemblea e del Consiglio di sicurezza dell'ONU si erano già pronunciate sulla questione dell'uso della forza da parte dell'Indonesia in Timor Est e sulla sua presenza illegale nel Paese e che quindi la Corte avrebbe dovuto semplicemente prendere tali decisioni come un dato acquisito. Ciò nonostante, la Corte ha poi precisato che «[...] the argument of Portugal under consideration rests on the premise that the United Nations resolutions, and in particular those of the Security Council can be read as imposing an obligation on States not to recognize any authority on the part of Indonesia over the Territory [...] The Court is not persuaded, however, that the relevant resolutions went so far»³⁸. Al di là delle criticità insite nell'affermazione della Corte, è da rilevarsi che effettivamente le risoluzioni dell'ONU sulla situazione in Timor Est non fanno riferimento esplicito ad un obbligo di non riconoscimento della sovranità indonesiana³⁹.

La domanda da porsi allora è: nel caso la Corte avesse rinvenuto un preesistente obbligo di non riconoscimento in capo allo Stato australiano, come si sarebbe orientata la decisione? O ancora, posta la diversità tra le risoluzioni concernenti il Timor Orientale da un lato e la Palestina dall'altro, vi è un margine d'azione per la Corte per statuire in modo diverso? La dichiarazione di illegalità da parte degli organi politici dell'ONU dell'occupazione israeliana sarebbe un elemento sufficiente ad impedire l'applicazione del principio dell'Oro monetario? D'altra parte, né la CIG, né le risoluzioni dell'ONU, né il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, né la Dichiarazione sulle relazioni amichevoli fra Stati hanno mai chiarito definitivamente quale sia il "forum" o quali gli attori deputati a sancire una situazione di illegalità ai fini dell'applicazione del non riconoscimento. Se gli indizi propendono verso il riconoscimento del ruolo preminente degli organi politici dell'ONU (e la sentenza sul Timor Orientale sembra confermarlo), è pur vero che la maggior parte della dottrina è oggi orientata verso il carattere *self-executing* dell'obbligo per la sua esistenza nel diritto internazionale generale (in particolare come norma secondaria nel regime della responsabilità

the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*», CIG, sentenza del 30 giugno 1995, *Case Concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, p. 102, par. 29.

³⁸ Ivi, p. 103, par. 31.

³⁹ V. ad esempio, Assemblea generale, *Question of East Timor*, UN Doc. A/RES/32/34 del 28 novembre 1977: «[The General Assembly] *rejects* the claim that East Timor has been incorporated into Indonesia, inasmuch as the people of the Territory have not been able to exercise freely their right to self-determination and independence».

internazionale) e non soltanto nel quadro del sistema delle Nazioni Unite.⁴⁰ A noi pare che la via intermedia sia quella corretta: esiste un obbligo di non riconoscimento nel diritto internazionale generale, ma le risoluzioni del Consiglio di sicurezza e dell'Assemblea generale, seppur dichiarative di una preesistente norma, sono essenziali poiché esse «provide certainty by substituting for the decision of an individual State a collective determination of illegality and nullity»⁴¹. Parafrasando un autorevole internazionalista, le risoluzioni dell'ONU rendono “oggettiva” – e dunque dichiarabile – una situazione di illegalità già esistente⁴². In particolare, sembra profilarsi un doppio *standard*: mentre l'obbligo di non riconoscimento scaturisce dal diritto generale senza necessità di specifiche risoluzioni dell'ONU che lo ribadiscano, la determinazione delle Nazioni Unite riguardo alla vigenza di quest'ultimo sembrerebbe il presupposto necessario al fine di far valere la responsabilità degli Stati terzi, almeno per un pronunciamento da parte della Corte.

Sulla base di questo ragionamento si può avanzare l'ipotesi che nel caso in cui gli Stati Uniti, il Kosovo, il Guatemala o la Repubblica Ceca fossero portati in giudizio davanti alla CIG per violazione di risoluzioni delle Nazioni Unite che sanciscono l'obbligo di non riconoscimento, la Corte potrebbe esprimersi sul punto e verosimilmente condannare questi Stati. Tuttavia, occorre constatare che vi è un unico caso al momento rilevante davanti alla CIG: il già citato ricorso presentato dalla stessa Palestina contro gli Stati Uniti per violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961. La base giurisdizionale della controversia è appunto la Convenzione di Vienna del 1961, in base alla quale – evidenzia la Palestina – la missione diplomatica deve essere stabilita tassativamente nel *territorio* dello Stato ricevente; tuttavia, è richiamata anche la rilevanza di «“other rules of general international law” to which the Convention refers, including rights reiterated by the Court’s Advisory Opinion of 9 July 2004»⁴³. La Corte a nostro avviso potrebbe prendere in esame l'obbligo di non riconoscimento come sancito dagli organi politici dell'ONU e/o dalla stessa CIG nell'Opinione sul *Muro* e – senza doversi necessariamente pronunciare in merito alla

⁴⁰ V. *inter alia*, M. ARCARI, *The UN, Unrecognized Subjects and the Obligation of Non-Recognition in International Law*, in *Unrecognized Subjects in International Law*, cit., p. 236; E. CASTELLARIN, *Le déplacement à Jérusalem de l'ambassade des Etats-Unis en Israël*, cit., pp. 49-52.

⁴¹ J. DUGARD, *Recognition and the United Nations*, Cambridge, 1987, p. 135.

⁴² T. CHEN, *International Law of Recognition*, Londra, 1951, p. 420 ss.

⁴³ CIG, *Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. United States of America)*, cit., p. 16, par. 50.

liceità della condotta israeliana – condannare gli USA per violazione dell’obbligo di non riconoscimento e indirettamente quindi per violazione delle norme perentorie da cui tale obbligo è scaturito.

7. Violazione indiretta dell’obbligo di non riconoscimento, giustiziabilità e invalidità di trattati confliggenti

Veniamo ora alla circostanza in cui la violazione dell’obbligo avvenga in maniera indiretta, ovvero tramite un trattato (commerciale, di sfruttamento delle risorse, etc.) che riguarda la situazione territoriale illegale. Concludere un trattato che produce effetti su un territorio nel quale la sovranità è stata acquisita in modo illegale, equivale a un riconoscimento della stessa situazione illegale da parte delle parti contraenti. Viene di nuovo in rilievo la già citata sentenza della CIG sul Timor Orientale. In quel caso, la Corte non ha contestato la dichiarazione del Ministro degli affari esteri australiano che equiparava il riconoscimento di un *treaty-making power* dell’Indonesia riguardo al territorio in questione a un riconoscimento *de jure* dell’incorporazione di Timor Est da parte dell’Indonesia. Sembra dunque, che la Corte condivida l’ipotesi che riconoscere che uno Stato possa concludere trattati relativi a territorio su cui esercita la sovranità in modo illegale equivalga ad un riconoscimento *de jure* della situazione illegale⁴⁴. Come già aveva affermato la Corte nel parere sulla Namibia, definendo i requisiti minimi del contenuto dell’obbligo di non riconoscimento: «[t]he restraints which are implicit in the non-recognition [...] impose upon member States the obligation to abstain from entering into economic and other forms of relationship or dealings [...] which may entrench its authority over the Territory [...]»⁴⁵. Anche in caso di violazione indiretta, dunque, lo Stato è soggetto a responsabilità internazionale.

Così come per la violazione diretta, è opportuno interrogarsi circa la possibilità di far valere la violazione indiretta dell’obbligo di non riconoscimento davanti ad un tribunale internazionale. Sempre nel caso relativo al Timor Orientale, il Portogallo sosteneva che «Australia, in negotiating and concluding the 1989 Treaty, in initiating performance of the Treaty, in taking internal legislative measures for its application, and in continuing to negotiate with Indonesia, has acted unlawfully, in that it has infringed the

⁴⁴ CIG, *Case Concerning East Timor*, cit., p. 98, par. 17.

⁴⁵ CIG, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, cit., p. 43-44, par. 124.

rights of the people of East Timor (...)»⁴⁶. L’Australia, invece, replicava che la Corte non avrebbe avuto giurisdizione riguardo alla validità del trattato del 1989 fra Australia e Indonesia, in quanto ciò avrebbe inevitabilmente portato la CIG ad esprimersi sulla liceità della condotta indonesiana. In risposta, il Portogallo tentava una separazione fra il rapporto Australia-Timor Orientale e Australia-Indonesia. Mentre la Corte non aveva giurisdizione nel secondo caso, nel primo sì, poiché la Corte poteva esprimersi sulla condotta oggettiva dell’Australia nell’aver negoziato e applicato il trattato del 1989; una questione completamente separata rispetto a quella della liceità della condotta indonesiana⁴⁷. Sebbene la Corte abbia rigettato la richiesta del Portogallo sulla base del principio *Monetary Gold*, l’argomentazione portoghese sarebbe stata rilevante nell’ipotesi in cui la Corte avesse rinvenuto l’esistenza di un obbligo di non riconoscimento in capo all’Australia. Così come ribadito dal giudice Weeramantry nella sua opinione dissenziente: «What the Court [would be] invited to consider [...] is not the unlawfulness of the bilateral treaty, but the unlawfulness of the Respondent’s unilateral actions which went into the making of that treaty»⁴⁸. Sembra possibile quindi ipotizzare che la CIG avrebbe potuto pronunciarsi sulla responsabilità australiana per aver concluso un trattato con l’Indonesia, senza che la validità del trattato e quindi la condotta di quest’ultima fossero oggetto della controversia.

Quanto segue, invece, pertiene alla possibilità che il trattato stesso venga dichiarato invalido. Posto che un’azione contraria all’obbligo di non riconoscimento consiste anche in una violazione della norma primaria e non soltanto dell’obbligo stesso, viene in rilievo l’art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969; poiché la norma primaria violata in caso di acquisizioni territoriali illegali è quasi sempre una norma di *jus cogens* – mentre l’obbligo di non riconoscimento non ha carattere cogente – il trattato sarebbe nullo in quanto contrario a norme perentorie. Al contempo, tuttavia, è stato sottolineato che «it is hard to regard a treaty provision recognising sovereignty as being in direct conflict with the duty to refrain from acts of aggression or the duty not to impede the exercise of the right to self-determination»⁴⁹. Sarebbe questa a nostro avviso una questione che

⁴⁶ CIG, *Case Concerning East Timor*, cit., p. 98, par. 19.

⁴⁷ «[...] Portugal contends [...] that its Application is concerned exclusively with the *objective* conduct of Australia, which consists in having negotiated, concluded and initiated performance of the 1989 treaty with Indonesia, and that this question is perfectly separable from any question relating to the lawfulness of the conduct of Indonesia». Ivi, p. 101, par. 25.

⁴⁸ Ivi, *dissenting opinion* del giudice Weeramantry, p. 173-74, par. (v).

⁴⁹ A. PERT, *The “Duty” of Non-Recognition in Contemporary International Law*, cit., p. 20.

dovrebbe risolvere l'interprete, alla luce delle diverse circostanze caso per caso. Come sappiamo, tuttavia, l'art. 66(a) della Convenzione di Vienna⁵⁰ non è mai stato utilizzato nella prassi⁵¹. Gli Stati terzi possono comunque applicare il principio di non riconoscimento al trattato in questione, dichiarandolo "nullo"⁵².

Da sottolineare, infine, che la CIG nel caso sul Timor Orientale ha menzionato fra gli aspetti che avrebbe considerato per pronunciarsi sulla validità del Trattato del 1989 il fatto che «several States have concluded with Indonesia treaties capable of application to East Timor but which do not include any reservation in regard to that Territory»⁵³. Nel caso dei territori palestinesi occupati, invece, la prassi mostra una tendenza da parte degli Stati terzi, a concludere trattati con Israele precisando che l'ambito territoriale di applicazione dei suddetti è confinato al territorio israeliano così come delineato dal diritto internazionale, dunque sicuramente non alla Striscia di Gaza, alla Cisgiordania e Gerusalemme Est. Viene in rilievo soprattutto la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, in più occasioni, ha ristretto l'ambito di applicazione di regimi tariffari preferenziali con suoi partner commerciali che esercitavano illegalmente la sovranità su certi territori, incluso Israele⁵⁴. Anche alla luce di questa prassi consolidata, e dato il loro ruolo preminente nella decennale disputa fra Palestina e Israele, i Paesi arabi avrebbero dovuto opportunamente dichiarare l'ambito di applicazione dei nuovi accordi, per lo meno per dimostrare la loro buona fede. La CIG potrebbe tenerne conto qualora fosse chiamata a stabilire la responsabilità dei Paesi arabi per violazione indiretta dell'obbligo⁵⁵.

⁵⁰ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969).

⁵¹ V. anche l'incertezza su chi sia legittimato ad invocare la nullità di un trattato confliggente con norme di *jus cogens*; B. CONFORTI, A. LABELLA, *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*, in *European Journal of International Law*, 1990, p. 46 ss.

⁵² A. GIANELLI, *Absolute Invalidity of Treaties and Their Non-Recognition by Third States*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 331-349.

⁵³ CIG, *Case Concerning East Timor*, cit., p. 104, par. 32.

⁵⁴ V. specificatamente su Israele, anche se la Corte ha infine risolto il caso in base al principio *pacta tertiis*, CGUE, sentenza del 25 febbraio 2010, C-386/08, *Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, par. 52; successivamente, nel 2018, la Corte ha esplicitato la violazione di norme internazionali perentorie alla base di una illecita estensione dell'ambito territoriale di applicazione di un trattato riguardo al Sahara occidentale, v. CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, 266/16, *Western Sahara Campaign UK c. Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, par. 63, 71.

⁵⁵ Per complicare ancora di più il quadro, è da rilevarsi che nella violazione dell'obbligo di non riconoscimento potrebbero rientrare anche gli atti volti a prestare aiuto o assistenza a uno Stato nel mantenere la situazione illegale. È vero, infatti, che l'obbligo di non riconoscimento e l'obbligo di non prestare aiuto o assistenza sono due obblighi distinti secondo il

8. Considerazioni conclusive

In conclusione, abbiamo dedotto che per quanto riguarda il trasferimento di ambasciata da parte di Kosovo, Guatemala e Repubblica Ceca a Gerusalemme ci troviamo di fronte ad un caso di violazione diretta dell'obbligo di non riconoscimento. Così come per il trasferimento dell'ambasciata statunitense nel 2017, questi atti dovrebbero essere condannati dalla comunità internazionale, anche tramite gli organi politici dell'ONU, per aver violato le norme primarie che determinano l'illegalità dell'occupazione israeliana: in primo luogo divieto di uso della forza e principio di autodeterminazione dei popoli. Gli Stati terzi potranno infatti "estendere" l'obbligo di non riconoscimento ai suddetti atti di riconoscimento, rendendoli «null and void», richiedere la cessazione dell'illecito (ovvero la revoca del riconoscimento precedentemente accordato), assicurazioni di non ripetizione e riparazione per lo Stato leso. Qualora i suddetti Stati fossero portati dinanzi alla CIG, si può presumere, alla luce del precedente caso sul Timor Orientale e, soprattutto, in presenza di chiare risoluzioni dell'ONU che sanciscono un obbligo di non riconoscimento (a differenza di quanto avvenuto per Timor Est), che la Corte potrebbe pronunciarsi disapplicando il principio del *Monetary Gold*. D'altra parte, l'obbligo di non riconoscimento è l'unico strumento nel diritto internazionale generale che consente di stabilire uno *status* oggettivo di illegalità. Ne consegue che «[a]ll States, *international tribunals*, and international organizations are bound to give appropriate effect, when the occasion arises, to a status thus established»⁵⁶.

diritto internazionale; tuttavia, nel Progetto di articoli del 2001 questi sono intimamente connessi, tanto che il secondo appare come un'estensione dell'obbligo di non riconoscimento. Anche nel parere della CIG sulla Namibia è difficile distinguere concretamente le misure volte a negare riconoscimento *de jure* da misure volte a non prestare aiuto o assistenza nel mantenere la situazione illegale. Un'analisi più approfondita, che esula da questo scritto, potrà mostrare qual è in questo caso la natura della violazione e la sua eventuale giustiziabilità.

⁵⁶ Q. WRIGHT, *Some thoughts about recognition*, in *American Journal of International Law*, 1950, p. 557 (corsivo aggiunto). Citazione completa: «General recognition establishes status objectively. All States, international tribunals, and international organizations are bound to give appropriate effect, when the occasion arises, to a status thus established. General recognition seems to be the only method known to customary international law whereby the legal consequences of facts, the validity of claims, the status of entities and changes of law can be authoritatively established». A nostro avviso, tuttavia, allo stato attuale del diritto internazionale, è solamente l'obbligo di non riconoscimento a conferire oggettività ad una data situazione illegale. Per un approfondimento sugli sviluppi recenti riguardanti il principio dell'Oro Monetario v. D. AKANDE, "Abandoning, Revising or Rethinking the Basis and the Application of the Monetary Gold Doctrine: A Discussion of Zachary Mollengarden & Noam Zamir's AJIL Article", *EJIL: Talk!*, 18 maggio 2021.

Per quanto riguarda invece il caso dei Paesi arabi, abbiamo concluso che, anche in presenza di violazione indiretta dell'obbligo di non riconoscimento (prodotta dalla stipula con Israele di trattati concernente i territori palestinesi occupati), la responsabilità aggravata di EAU, Bahrein, Sudan e Marocco è ugualmente configurabile qualora divengano chiari i termini dei nuovi accordi con Israele e da questi emerga una loro applicazione incondizionata a tutti i territori sotto controllo israeliano. In caso di contenzioso davanti alla CIG, la Corte potrebbe decidere di esprimersi sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo; anche in questo caso, infatti, il principio del *Monetary Gold* potrebbe essere messo da parte alla luce dell'obbligo di non riconoscimento sancito dalle risoluzioni ONU sulla situazione in Palestina.

La soluzione prospettata in questo scritto potrebbe rappresentare una sorta di giustiziabilità "indiretta" delle norme di *jus cogens*, sancita principalmente attraverso il carattere *erga omnes* e "oggettivo" dell'obbligo di non riconoscimento. Lungi dall'essere una risposta sufficiente a garantire la tutela dei valori fondamentali della comunità internazionale, si tratterebbe comunque di un passo avanti concreto in quella direzione.

SEZIONE VI

**La sentenza della Corte costituzionale tedesca del
5 maggio 2020 e il futuro dell'integrazione europea**

La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020: conseguenze giuridiche e (soprattutto) politiche

SUSANNA CAFARO*

SOMMARIO: 1. Il contesto. – 2. La sentenza *Weiss* della Corte di giustizia. – 3. La valutazione della Corte costituzionale tedesca nel merito. – 4. Le conseguenze giuridiche. 5. Le altre conseguenze.

ABSTRACT: Nel commento alla dirompente sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020 – a conclusione del noto caso *Weiss* – ci si sofferma sul merito della pronuncia (e particolarmente sulla sofferta separazione/interazione tra politica economica e monetaria), sulle posizioni assunte dalle istituzioni interessate successivamente alla sentenza stessa e sulle conseguenze di carattere politico-istituzionale che ne possono derivare per l'ordinamento dell'Unione. Queste appaiono particolarmente gravi sul fronte della credibilità del prezioso strumento del rinvio pregiudiziale e tuttavia possono essere positive nella misura in cui fungono da pungolo alle istituzioni politiche dell'Unione, alle quali, più che alla BCE, il Trattato assegna il compito di gestire le crisi.

PAROLE CHIAVE: Corte costituzionale tedesca – BCE – euro – *quantitative easing* – rinvio pregiudiziale – Corti supreme.

1. Il contesto

La Corte costituzionale tedesca si pronuncia con sentenza del 5 maggio 2020¹ a conclusione del noto caso *Weiss* che aveva dato luogo a sentenza della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale della stessa Corte costituzionale, nel dicembre 2018². L'iniziativa partiva, nelle quattro cause riunite, da un numero sorprendentemente alto di ricorrenti concordi nel ritenere *ultra vires* il programma di acquisto *Public Sector Purchase Programme* ('PSPP') della Banca centrale europea, uno dei quattro programmi in cui si sostanzia il c.d. *quantitative easing*, quello specificamente indirizzato all'acquisto di titoli di debito pubblico.

I ricorsi erano diretti sostanzialmente contro l'acquiescenza a tali statuizioni degli organi di governo tedeschi in sede europea, nonché contro ogni attività interna che vi desse seguito (dunque specialmente per il tramite della

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento, susanna.cafaro@unisalento.it.

¹ Corte Costituzionale tedesca, sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, www.bundesverfassungsgericht.de.

² CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2018, C493/17, *Heinrich Weiss e altri*.

Bundesbank).

2. La sentenza *Weiss* della Corte di giustizia

Nel caso *Weiss*, la Corte di giustizia era stata chiamata a pronunciarsi su una questione scottante – e non priva di ambiguità nei trattati – che aveva già avuto modo di trattare da differenti prospettive nei precedenti casi *Pringle*³ e *Gauweiler*⁴: il confine tra politica monetaria e politica economica e la “intromissione” dell’istituto di emissione europeo in quest’ultimo campo. La sentenza *Weiss* conduce alle sue logiche conseguenze una premessa già posta nel summenzionato caso *Gauweiler*⁵ e nel caso *Pringle*⁶: la politica monetaria è suscettibile di produrre effetti indiretti inquadrabili nell’ambito della politica economica. (Ovvio, direte voi).

Dopo aver ripreso i principi in base ai quali essa riteneva soddisfatto l’obbligo di motivazione della decisione della BCE 2015/774⁷, in particolare ai punti da 31 a 33, la Corte si spingeva un passo più in là – al punto 50 – sostenendovi che «è importante rilevare che il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria, ma definisce al tempo stesso gli obiettivi di tale politica e i mezzi di cui dispone il SEBC per attuarla» e, ancora, al punto 53 «[r]isulta dalla giurisprudenza della Corte che, al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi di questa misura. Sono altresì rilevanti i mezzi che tale misura mette in campo per raggiungere detti obiettivi». Infine, se è vero che «gli autori dei Trattati hanno compiuto la scelta di definire l’obiettivo principale della politica monetaria dell’Unione, ossia il mantenimento della stabilità dei prezzi, in maniera generale e astratta, senza determinare con precisione il modo in cui tale obiettivo doveva essere concretizzato sul piano quantitativo»⁸, è anche vero che questo compito spetta in prima battuta alla BCE, a cui peraltro il Trattato attribuisce, in subordine alla stabilità dei prezzi, l’obiettivo di sostenere le politiche economiche generali nell’Unione (art. 127, par. 1 TFUE).

³ CGUE, sentenza del 27 novembre 2012, C370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*.

⁴ CGUE, sentenza del 16 giugno 2015, C62/14, *Peter Gauweiler e altri*.

⁵ CGUE, *Gauweiler*, cit., punto 52.

⁶ CGUE, *Pringle*, cit., punto 56.

⁷ Decisione (UE) 2015/774 della Banca Centrale Europea del 4 marzo 2015 su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (BCE/2015/10).

⁸ CGUE, *Weiss*, cit., punto 55.

Tali effetti, tuttavia, non sono meri accadimenti esterni alla *ratio* dell'operare della Banca, possono essere «prevedibili» e «scientemente accettati»⁹ e possono esser perfino ovvi, giacché, come si precisa nel paragrafo successivo «occorre ricordare che la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche, il che ha necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del deficit pubblico degli Stati membri», di conseguenza, come si precisa al par. 66, «al fine di esercitare un influsso sui tassi di inflazione, il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull'economia reale».

E quindi la Banca, il cui obiettivo è garantire la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo, sostenere le politiche economiche generali nell'Unione (art. 127.1 TFUE), può benissimo contemplare nel proprio orizzonte tanto l'obiettivo principale quanto quello subordinato, i quali si sostengono a vicenda. Non solo, se così non fosse, si impedirebbe al Sistema europeo di banche centrali il perseguimento dell'obiettivo primario ogni qualvolta vi fossero effetti prevedibili sull'economia reale (cioè sempre).

Per quanto il principio di proporzionalità venisse in rilievo, al par. 72, nel successivo vi si leggeva però che «poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di *open market* quale quello previsto nella decisione 2015/774¹⁰, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale». Ed è proprio in questo passaggio (peraltro fondato su un indirizzo giurisprudenziale tutt'altro che nuovo), che, come vedremo, la Corte costituzionale tedesca vedrà una falla nel sistema giurisdizionale.

Questa giurisprudenza legittima un filone di comunicazione e di intervento della BCE chiarissimo che mette in correlazione diretta la stabilità dei prezzi con la stabilità finanziaria e arriva a teorizzare il salvataggio della zona euro e dunque degli Stati che ne fanno parte come preconditione per la stabilità dell'euro stesso. Dunque, la politica monetaria, intesa come la politica che un istituto di emissione persegue attraverso gli strumenti che gli sono propri, si allarga ad includere interventi nell'economia che hanno un raggio d'azione ed una finalità ben più ampi. Né in questo la BCE si discosta da ciò che altre autorevoli banche centrali fanno in tempi di crisi, da esse si differenzia semmai

⁹ CGUE, *Weiss*, cit., punto 63.

¹⁰ Decisione (UE) 2015/774 della Banca centrale europea del 4 marzo 2015 su un programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari (BCE/2015/10).

per la difficoltà di fondare tali interventi su un mandato altrettanto chiaro ed ampio.

3. La valutazione della Corte costituzionale tedesca nel merito

Una volta pronunciata la Corte di giustizia, secondo il normale funzionamento del rinvio pregiudiziale, il giudice che ha operato il rinvio applica al caso concreto il diritto europeo così interpretato. Tuttavia, la Corte costituzionale tedesca, che già nell'ordinanza di rimessione non aveva esitato a prendere posizione riguardo alle risposte che essa avrebbe dato ai quesiti che sottoponeva, non accoglie serenamente le indicazioni, ma le sottopone ad un vaglio che mette sotto scrutinio tanto la BCE – già accusata di agire *ultra vires* – quanto la stessa Corte di giustizia che sarebbe andata essa stessa *ultra vires* difendendone l'operato, una sentenza dirompente e destabilizzante che ha scatenato una pioggia di commenti in dottrina, molti dei quali a caldo, sui blog di settore¹¹. Per i ricorrenti nella causa principale, al di là delle limitate implicazioni pratiche della pronuncia, è una vittoria morale.

I numerosi interventi in dottrina rivelano in realtà la ricchezza di argomenti (e il destro) offerti dalla Corte costituzionale tedesca alle critiche di più

¹¹ M. AVBELJ, “The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision”, *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; L. BINI SMAGHI, “The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible”, LUISS School of European Political Economy, Policy Brief 25/2020; S. CAFARO, “Quale Quantitative Easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?”, *SIDIBlog*, 8 maggio 2020; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, editoriale, n. 14/2020; F. FABBRINI, R.D. KELEMAN, “With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis”, *Washingtonpost.com*, 7 maggio 2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020; M.P. MADURO, “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; L.F. PACE, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP: “c’è della logica in questa follia”? Il prevedibile “rientro” della “crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, 27 maggio 2020; G. SCIACCA, “Nazionalismo giudiziario e diritto dell’Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE”, *DPCE on line*, 2020; D. SARMIENTO, “Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court’s Judgment in the Weiss case and its European implications”, *Eulawlive.com*, 9 maggio 2020; H. SAUER, “Substantive EU Law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU”, *Eulawlive.com*, 9 maggio 2020; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, “La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco”, in *Diritto dell’Unione europea*, Osservatorio europeo, 11 maggio, 2020; J. ZILLER, “L’insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco, Focus La sentenza della Corte costituzionale tedesca”, *I Post di AISDUE*, 7 maggio 2020.

varia natura e, se appaiono ampiamente condivisibili le critiche nel merito, quanto alla discussa e discutibile separazione tra politica economica e monetaria – che trova di fatto una smentita proprio nella pronuncia stessa, che largamente evidenzia le conseguenze sulla politica economica delle scelte di politica monetaria¹² – o quanto all’interpretazione data dalla stessa Corte al principio di proporzionalità¹³, ben più gravi appaiono, in un’ottica di sistema, le osservazioni di molti studiosi che ritengono, a ragione, che sia stato lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ad esprimersi ben *ultra vires*, mettendo in discussione alcuni punti cardinali del sistema istituzionale dell’Unione.

Proviamo ora a smontare e ricostruire il ragionamento del *Bundesverfassungsgericht* per comprendere meglio come da un caso concreto abbia tratto delle conseguenze di ordine generale atte ad incrinare il sistema europeo di *checks and balances*. Si tratta di un precedente che – seppure non necessariamente destinato ad un impatto immediato – è atto a generare pericolose onde lunghe.

Punto nodale della decisione è la valutazione della legittimità dell’intervento della BCE ed il suo impatto di politica economica alla luce del principio di proporzionalità. Le misure adottate dalla BCE potrebbero o non potrebbero essere sproporzionate, se ne evidenziano i rischi e la necessità di limitarli agendo entro precisi limiti. Tuttavia, una serie di conseguenze sulla politica economica del PSPP è minuziosamente elencata e quello che alla Corte tedesca appare grave è un inadeguato o lacunoso bilanciamento di rischi, costi e benefici, un bilanciamento che andava basato appunto sulla proporzionalità:

«It is not ascertainable that any such balancing was conducted, neither when the programme was first launched nor at any point during its implementation; it is therefore not possible to review whether it was still proportionate to tolerate the economic and social policy effects of the PSPP, problematic as they may be in respect of the order of competences, or, possibly, at what point they have become disproportionate. Neither the ECB’s press releases nor other public statements by ECB officials hint at any such balancing having taken place».¹⁴

Come si chiarisce successivamente, in assenza del bilanciamento o della visibilità dello stesso, la BCE eccede il suo mandato di politica monetaria. E, tuttavia, se ne deduce che tale mandato richiede approfondite valutazioni di politica economica e sociale. La sentenza non condanna quindi la BCE per il suo

¹² Tale incoerenza è bene evidenziata da M.P. MADURO, “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision”, cit., par. 2.

¹³ Si veda D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles?*, cit.

¹⁴ Corte costituzionale tedesca, 2 BvR 859/15, cit., punto 176.

operato, quanto per l'esistenza di lacune gravi nel suo dovere di spiegarsi.

E tuttavia, così facendo, la Corte mette sostanzialmente sotto processo un'istituzione dell'Unione – la BCE – che non è sottoposta alla sua giurisdizione e la cui indipendenza è chiaramente statuita dai trattati¹⁵. Non sorprende dunque che la BCE abbia scelto di non partecipare al processo.

Il vero bersaglio è tuttavia la Corte di giustizia, che tali lacune ha tollerato, limitandosi a ricercare errori manifesti nell'operato della BCE¹⁶, e attività manifestamente sproporzionate rispetto agli obiettivi¹⁷. Troppo poco per la Corte costituzionale, che lo ritiene un approccio che lascia mano libera alla BCE nel determinare da sé i confini delle proprie competenze (par. 156). Dalla Corte di giustizia, baluardo della legalità del sistema ed interprete qualificata del suo diritto è legittimo – si legge tra le righe – aspettarsi di più. Ed una sentenza che ne mette per la prima volta in discussione una pronuncia interpretativa per violazione di principi generali e garanzie democratiche appare un vero e proprio schiaffo. La Corte costituzionale giunge ad evidenziare l'erosione della sovranità degli Stati in materia di politica economica – a dispetto della chiara lettera del trattato che ne fa una loro competenza – frutto dell'acquiescenza della Corte all'operato della BCE, e non perde occasione di ricordare che sono ancora gli Stati i Signori del Trattato.

Ma cosa vuol dire che la Corte di giustizia, giudice europeo delle leggi, può sbagliare? E cosa vuol dire che lo stesso giudice *a quo* nel giudizio *post* rinvio possa rilevarne l'errore? La conseguenza è presto detta: la parte della sentenza in cui la Corte di giustizia ha violato il proprio mandato (art. 19, par. 1 TUE) è *ultra vires*, non è coperta dalla legge di ratifica e, dunque, non è vincolante «at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation»¹⁸. Siamo quindi ben oltre la dottrina dei controlli-miti “alla tedesca” che, secondo costante giurisprudenza ha portato la Suprema Corte tedesca a verificare la compatibilità della propria costituzione con i Trattati europei ed il diritto che ne deriva fondandosi sul “contenuto democratico fondamentale” che il processo di integrazione europea è tenuto a garantire, perché, in questo caso, non è oggetto del vaglio costituzionale un trattato o un atto, neppure la decisione PSPP di cui si tratta, ma un oggetto più ampio: la legittimità della decisione come interpretata – lacunosamente – dalla Corte.

Coerentemente, il richiamo insistente operato nei par. 158 e ss. dalla Corte

¹⁵ Come ben evidenziato anche da J. ZILLER, “L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco”, cit.

¹⁶ CGUE, *Weiss*, cit., punti 56, 78, 91.

¹⁷ Ivi, punti 79, 81, 92.

¹⁸ Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 859/15, cit., punto 2.

costituzionale tedesca ai principi democratici eleva al rango di garanzie democratiche il principio di attribuzione, il principio di proporzionalità e la ripartizione di competenze. La distinzione, nel caso pratico, tra politica economica e politica monetaria, per quanto artificiosa, diventa paradigmatica di un tentativo surrettizio di forzare il processo di integrazione europea al di là di quanto democraticamente accettato dagli Stati all'atto della ratifica. L'agenda europea, l'*Integrationsprogramm*, ci dice la Corte costituzionale tedesca, non può essere realizzata per sentenza o per via di prassi¹⁹.

Di fronte a simili questioni, sembra persino poca cosa il rischio di impatto sul risparmio o sui prezzi delle case e altre possibili conseguenze elencate nel par. 139: è, infatti, in gioco la democraticità del processo di integrazione europea, la tenuta del rinvio pregiudiziale come strumento di cooperazione tra le corti e la supremazia del diritto europeo.

Risulta evidente a tutti i commentatori come qui non sia in gioco il *quantitative easing*, ma lo stesso processo di integrazione europea, di cui si mettono in questione la democraticità, l'assetto istituzionale, le stesse garanzie giurisdizionali e se non sfugge la gravità di questo colpo inferto all'Unione tutta, ancora più grave è la scelta di intervenire in un momento in cui spinte centrifughe e sovraniste tendono ad allontanare dalla *rule of law* europea alcuni importanti Stati membri. Che questo avvenga, surrettiziamente, fondando il giudizio sui confini della politica monetaria e sul rispetto della proporzionalità nell'esercizio della stessa non muta il carattere politico della decisione, la rende semmai più grave²⁰.

4. Le conseguenze giuridiche

Due le conseguenze dirette della pronuncia nelle intenzioni della Corte costituzionale. La prima: data la mancanza della BCE nel giustificare la proporzionalità del programma PSPP, il Governo ed il Parlamento tedesco potrebbero prendere l'iniziativa di assicurarsi che essa svolga un *proportionality assessment*.

La seconda, consequenziale: a seguito di un periodo transitorio di tre mesi la *Bundesbank* avrebbe cessato di contribuire all'attuazione dei programmi di *quantitative easing* già deliberati o ad ulteriori decisioni di acquisto di titoli di debito pubblico, a meno che non ne fosse comprensibilmente dimostrata la proporzionalità in relazione agli obiettivi di politica monetaria. Quindi, la

¹⁹ Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 859/15, cit., punto 158.

²⁰ Chiarissimo in questo senso l'editoriale su *Federalismi.it* di B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata*, cit.

Bundesbank avrebbe potuto trovarsi davanti al dilemma se dare attuazione alla decisione dell'eurosistema di cui è parte integrante o alla propria Corte costituzionale. E qualora avesse scelto quest'ultima, doveva la Commissione iniziare un ricorso per infrazione²¹?

Difficile e anche discutibile immaginare che la BCE si presti ad un negoziato con la Germania, e perché poi non anche con gli altri Governi? Cosa ne sarebbe della sua indipendenza, che è stata, per inciso, la grande lezione della Germania all'Europa?

Già all'indomani della sentenza si poteva immaginare che, per amore di quieto vivere, l'atto della BCE avrebbe ricevuto un supplemento di motivazione. Rimane comunque l'amarezza di vedere il dialogo tra Corti degenerare nell'invio di *ultimatum* dopo il sottile gioco delle parti a cui si era assistito nei casi *Taricco*.

5. Le altre conseguenze

Si sostiene nella sentenza della Corte costituzionale tedesca che tutto questo ragionamento non riguarda le misure pertinenti alla crisi coronavirus e quindi sembra restarne fuori il cospicuo *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP)²². E, tuttavia, l'ombra di questa sentenza si allunga sul PEPP: come garantirne la proporzionalità? A seguito di quali valutazioni economiche e di impatto sociale da parte di un'istituzione che – per assurdo – si vuole al contempo tenere nei confini rigidi della politica monetaria? È il caso di ricordare che anche il *quantitative easing* nasceva dalla percezione emergenziale del rischio deflazione.

Di fatto, minando la credibilità della Corte di giustizia, fulcro dell'ordinamento europeo, con questa pronuncia la Corte costituzionale tedesca indebolisce l'Unione e la sua capacità di rispondere alle emergenze. Peraltro, è proprio la gestione delle crisi, con l'esigenza di rapidità di reazione, che rischia di cadere più facilmente sotto la scure del duplice vaglio attribuzione/proporzionalità. L'ampiezza del ragionamento sviluppato nella decisione non esclude d'altronde che altre istituzioni e organi europei possano finire sotto il suo scrutinio per condotta *ultra vires*, come già la stessa Corte di giustizia.

Non stupisce che pochi giorni dopo tale sentenza la Corte di giustizia

²¹ Questo è quanto la stessa Commissione si chiedeva in uno *Statement* della Presidente von der Leyen del 10 maggio 2020 dove si legge «[...] We are now analysing the ruling of the German Constitutional Court in detail. And we will look into possible next steps, which may include the option of infringement proceedings», www.ec.europa.eu.

²² Comunicato stampa *Monetary policy decisions* del 4 giugno 2020 e Comunicato stampa *Monetary policy decisions* del 29 ottobre 2020, www.ecb.europa.eu.

sentisse l'esigenza di ribadire in un proprio comunicato che «in base a una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, una sentenza pronunciata in via pregiudiziale da questa Corte vincola il giudice nazionale per la soluzione della controversia dinanzi ad esso pendente» e che «solo la Corte di giustizia, istituita a tal fine dagli Stati membri, è competente a constatare che un atto di un'istituzione dell'Unione è contrario al diritto dell'Unione», per concludere che «i giudici nazionali sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione»²³. Alla reazione di lesa maestà della Corte fa eco il comunicato della BCE²⁴, che riconosce il Trattato e la Corte di giustizia come uniche autorità a cui rispondere e quindi dichiara che:

«[The] Governing Council remains fully committed to doing everything necessary within its mandate to ensure that inflation rises to levels consistent with its medium-term aim and that the monetary policy action taken in pursuit of the objective of maintaining price stability is transmitted to all parts of the economy and to all jurisdictions of the euro area. The Court of Justice of the European Union ruled in December 2018 that the ECB is acting within its price stability mandate».

Ciononostante, il mese successivo la BCE forniva – un po' in sordina, tramite la *Bundesbank* – le valutazioni di proporzionalità richieste e il Parlamento tedesco, nel pieno rispetto dell'invocato principio democratico, ne dava una valutazione insindacabilmente positiva²⁵, così concludendo la vicenda. A nulla, d'altronde, valeva il tentativo di alcuni ricorrenti di ottenere un ordine di esecuzione al fine di constatare un'inadeguata attività del Governo tedesco e del *Bundestag* nel dar seguito alla precedente pronuncia e di garantire l'accesso ai documenti – funzionali alla verifica del rispetto del principio di proporzionalità – che la BCE aveva reso noti al *Bundestag* in via riservata²⁶.

Rimane il precedente di una sentenza che, pur non priva di alcuni

²³ CGUE, Comunicato stampa a seguito della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio, n. 58/20 Lussemburgo, 8 maggio 2020.

²⁴ BCE, Comunicato stampa, *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate* del 5 maggio 2020, www.ecb.europa.eu.

²⁵ La mozione, presentata dalle forze di governo (conservatori e socialdemocratici) nonché da Liberali e Verdi, prendeva atto dei documenti inviati dalla BCE, che rispondendo alla richiesta della Corte costituzionale esplicitava le motivazioni dell'atto in via confidenziale. Tali motivazioni venivano ritenute soddisfacenti. Si veda *Deutscher Bundestag, Drucksache 19/20621, 19. Wahlperiode, Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihenkaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank*. Per un'analisi dello spirito del documento, si rinvia al post di F. D'ANIELLO, "Come si è conclusa la vicenda della sentenza di Karlsruhe?", *Treccani*, 12 luglio 2020, www.treccani.it

²⁶ Corte costituzionale tedesca, Ordinanza 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, del 29 aprile 2021, www.bundesverfassungsgericht.de

interessanti passaggi logici, contiene diverse forzature e sembra mancare del filtro dell'opportunità politica, del bilanciamento tra principi astratti e minacce reali, responsabilità ineludibile di una Corte suprema. Il fatto che la vicenda si sia conclusa con un compromesso discreto e senza ledere formalmente nessuna delle parti in causa non riduce il danno complessivo alla credibilità dell'ordinamento europeo di cui il rinvio pregiudiziale è un caposaldo.

Se volessimo trovarvi un risvolto positivo, sarebbe nella ulteriore spinta alla creazione di una capacità fiscale europea alimentata da nuove ulteriori risorse proprie, che sollevi la BCE dai difficili equilibrismi cui è chiamata come supplente della politica²⁷. Di fronte all'emergenza COVID-19, la BCE è stata ancora una volta la prima ad attivarsi con il programma PEPP, già dal 18 marzo, con massicce iniezioni di liquidità. Tale esigenza nasceva ancora una volta dall'incapacità dimostrata dagli Stati, Signori dei Trattati, di far avanzare il negoziato sul quadro finanziario pluriennale²⁸ al fine di elevare il tetto, chiaramente inadeguato, del bilancio europeo, e dallo specularmente arenato negoziato sulla revisione delle risorse proprie²⁹.

Fortunatamente, sulla spinta dell'emergenza e di un rilancio franco-tedesco³⁰ è stata poi presentata dalla Commissione europea la proposta ambiziosa

²⁷ Sul tema ci sia consentito rinviare a S. CAFARO, *La BCE nel rapporto con le altre istituzioni europee: dominanza o supplenza?*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Banca, finanza, moneta. Il governo dell'economia nel prisma della comparazione*, Torino, 2021.

²⁸ Basti dire che il Consiglio europeo tenne un primo scambio di opinioni sul QFP 2021-2027 nel dicembre 2018 e che secondo le allora ottimistiche previsioni intendevano raggiungere un accordo in sede di Consiglio europeo già nell'autunno 2019. Da allora gli scambi di opinioni, le battute di arresto e le ripartenze si sono succedute lungo tutto il 2019. La Presidenza finlandese proponeva già uno schema con dati numerici a dicembre che prevedeva un tetto all'0,7 del PIL europeo (è questo che rende cruciale il dibattito sul QFP, il tetto di spesa che esso pone sul bilancio annuale), una riunione straordinaria veniva convocata a febbraio 2020 per discutere una proposta del Presidente Michel, che si concludeva con un nulla di fatto, il 21 aprile si assisteva ad una ripresa sull'onda dell'emergenza COVID 19 che sarebbe confluita poi nel *package deal* sul *Next Generation EU*.

²⁹ La previsione dell'art. 312, par. 1, TFUE per la quale «il quadro finanziario pluriennale mira ad assicurare l'ordinato andamento delle spese dell'Unione entro i limiti delle sue risorse proprie» lega a doppio filo il discorso sul bilancio alla questione delle risorse proprie. Per rivedere il sistema delle risorse proprie, un Gruppo di lavoro ad alto livello presieduto da Mario Monti si è insediato nel 2014 e ha prodotto un primo rapporto interinale nel dicembre 2014 ed un rapporto finale nel dicembre 2016. In esso si dà conto di una serie di opzioni che non trovavano però consenso unanime e furono dunque accantonate. Il quadro giuridico delle risorse proprie consisteva, fino al dicembre 2020, del regolamento del Consiglio (UE, Euratom) n. 608/2014, nonostante una proposta di revisione pendente dal 2018 (COM(2018) 327 final del 2 maggio 2018). Solo il 14 dicembre – con i debiti emendamenti – tale atto veniva approvato, ma richiede ancora, per l'entrata in vigore, le ratifiche nazionali ex art. 312 TFUE.

³⁰ Piano pubblicato sul sito dell'Eliseo il 18 maggio 2020, www.elysee.fr.

del *Next Generation EU*³¹ che sbloccava proprio i due negoziati in stallo³² e consentiva l'emissione di titoli di debito europei³³. L'accordo sull'intero pacchetto di misure è poi intervenuto nel lungo Consiglio europeo del luglio 2020.

Il *Next Generation EU* è l'ambizioso esito politico di questo percorso che vede un'accresciuta dimensione del bilancio europeo, una maggiore autonomia finanziaria e la prospettiva di una sostanziale revisione del regime delle risorse proprie.³⁴

In presenza di una politica economica europea, gestita nelle più opportune e democratiche sedi politiche, la BCE è alleggerita da questo eccesso di responsabilità e la Corte costituzionale tedesca può, da un punto di vista sostanziale, dirsi soddisfatta. Rimane, tuttavia, il danno (e non da poco) allo strumento giudiziario.

³¹ Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea*, COM(2020) 442 final, e le numerose proposte di atti che la accompagnano, a partire dalla proposta per il quadro finanziario pluriennale. Si rinvia per un'analisi d'insieme a G. CONTALDI, *Il Recovery Fund*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 587 ss.

³² Alcune proposte di risorse proprie già esaminate in passato sono riaffiorate nella proposta della Commissione per finanziare il piano *Next Generation EU*, non in prima battuta, ma al fine di procedere al rimborso dei titoli di debito pubblico europeo emessi per finanziarlo.

³³ Sebbene l'Unione abbia già emesso in passato titoli di debito comune garantiti dagli Stati membri (si vedano S. HORN, J. MEYER, C. TREBESCH, "Coronabonds: The forgotten history of European Community debt", *voxeu.org*, 15 aprile 2020, www.voxeu.org), il tema è stato rilanciato già all'indomani dell'unificazione monetaria, si rinvia, per una ricognizione a M.C. MALAGUTI in S. CAFARO (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa*, Napoli, 2008, p. 81 ss.

³⁴ Nello specifico, l'art. 5 della nuova decisione 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom sulle risorse proprie conferisce alla Commissione il potere di contrarre sui mercati dei capitali prestiti per conto dell'Unione per un importo massimo di 750 000 milioni di EUR.

Il governo tecnocratico della moneta e i crocevia del processo di integrazione europea. Riflessioni alla luce della sentenza *Weiss*

PASQUALE DE SENA*
SALVATORE D'ACUNTO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Effetti redistributivi della politica monetaria e principio di proporzionalità. – 3. Il “senso” dell’ordine di Maastricht. – 4. L’ordine di Maastricht alla prova della crisi e le torsioni della costituzione economica europea. – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul caso *Weiss* è stata interpretata quasi unanimemente come espressione di una volontà “interdittiva” riguardo all’approfondimento del processo di integrazione europea. In questo contributo essa è ricostruita come l’esito della tensione fra il modello di teoria economica retrostante all’impianto del Trattato di Maastricht e la torsione cui quell’impianto è stato sottoposto, nell’ultimo decennio, per far fronte alla crisi dell’economia europea. I “costituenti” di Maastricht, confidando nell’ipotesi di *neutralità della moneta* – quindi trascurando l’ipotesi che il settore finanziario potesse “disturbare” l’economia reale – hanno “letto” l’instabilità monetaria come esito di situazioni di *fiscal dominance* (le politiche di bilancio condizionano le politiche monetarie), ed hanno ritenuto di dover concentrare il grosso delle “munizioni” in un organismo (la BCE), progettato per essere “insensibile” alle pressioni dei popoli di cui cura gli interessi. D’altra parte, è lo stesso assetto istituzionale complessivo dell’UEM che si è venuto configurando come un coacervo di entità, tutte curiosamente “monche”: per un verso, mancanti di effettivi poteri di regolazione macroeconomica (il Consiglio); per altro verso, seppur provvisti di tali poteri, mancanti della legittimazione politica per il loro esercizio (BCE). La sentenza della Corte di Karlsruhe mette oggettivamente a fuoco (indipendentemente, cioè, dalle sue reali intenzioni) questa situazione di ambiguità istituzionale, e sembra implicitamente spingere a rimettere ordine nell’assetto dei poteri economici dell’UEM, ripristinando un rapporto fisiologico tra natura degli obiettivi di *policy* dei diversi soggetti istituzionali e il livello della relativa legittimazione politica.

PAROLE CHIAVE: BCE – (pretesa) neutralità della politica monetaria – principio di proporzionalità – principio di democrazia – legittimazione politica – integrazione europea.

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, pasquale.desena@unipa.it; pasquale.desena@unicatt.it. Autore dei paragrafi 1, 2 e 5.

** Professore associato di Economia politica, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, salvatore.dacunto@unicampania.it. Autore dei paragrafi 3 e 4.

1. Introduzione

Tutti gli interventi sinora apparsi sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul caso *Weiss*¹ ne hanno sottolineato, sia pure con diversa tonalità, gli aspetti negativi, concernenti sia gli sviluppi del diritto dell'Unione europea, che quelli dell'azione dell'Unione stessa, e dei suoi Stati, in ordine all'emergenza sanitaria in corso e alle sue conseguenze economiche. In particolare, si è posta in evidenza l'illecita, mancata esecuzione della pronuncia *Weiss* della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)²; la sua idoneità a far da battistrada a una pericolosa frammentazione dell'ordinamento dell'Unione – fra le altre cose – ad opera delle corti supreme dei Paesi europei a democrazia “illiberale”³, l'interferenza – per quanto mediata – nell'azione della Banca centrale europea (BCE) e l'incidenza potenzialmente negativa, nel prossimo futuro, sull'azione della Banca stessa, nel perseguimento dei suoi obiettivi statutari, specialmente sul terreno della difesa della moneta unica nell'attuale quadro di emergenza⁴; la sottovalutazione della nozione di democrazia europea, rispetto a quella ricavabile dall'ordinamento costituzionale tedesco, la scarsa consapevolezza del proprio ruolo da parte dei giudici di Karlsruhe, la natura “politica” della decisione⁵.

A nostro avviso, il giudizio in questione può essere “letto” anche in un'ottica diversa; e cioè, per la capacità, che esso oggettivamente esprime, di far emergere, e con estrema chiarezza, una delle tensioni di fondo del processo di integrazione europea, così come questo si è andato definendo nei suoi assunti giuridici di base, a partire dal Trattato di Maastricht. Proprio perciò, oltre che per evitare inutili ripetizioni, non riteniamo opportuno intrattenerci sulle tappe della vicenda giudiziaria di cui la decisione in esame costituisce l'epilogo; vicenda, quest'ultima, per la quale ci limitiamo a rinviare ai molteplici scritti già pubblicati qui richiamati, ed in particolare a quello (già citato) di Susanna Cafaro. Nelle pagine che seguono, cercheremo

¹ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 5 maggio 2020, *Weiss*, 2 BvR 859/15, BVerfG. Per un primo commento, cfr. S. CAFARO, “Quale Quantitative Easing e quale Unione Europea dopo la sentenza del 5 Maggio?”, *SIDIBlog*, 8 maggio 2020.

² Pronuncia peraltro provocata da un rinvio pregiudiziale effettuato dagli stessi giudici costituzionali: al riguardo, v. *infra*, par. 2, per le posizioni di Ziller, Martucci, Tesauero e De Pasquale.

³ M. POIARES MADURO, “Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court”, *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

⁴ *Ivi*.

⁵ B. CARAVITA, M. CODINANZI A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020.

piuttosto di illustrare analiticamente la suddetta tensione, di inquadrare in seno ad essa il giudizio della Corte costituzionale tedesca, e di trarne qualche considerazione di carattere più generale.

2. Effetti redistributivi della politica monetaria e principio di proporzionalità

Com'è stato ampiamente posto in luce, l'argomento di fondo in base al quale l'azione della BCE ha finito per esser ritenuta contrastante col principio di democrazia è costituito dall'asserito superamento del principio delle competenze di attribuzione, causato, a sua volta, dalla violazione del principio di proporzionalità⁶. Secondo la Corte, infatti, in tanto il trasferimento di sovranità ad un'organizzazione interstatale può considerarsi conforme al principio di democrazia, in quanto la sottrazione del controllo politico su pubblici poteri da parte dei cittadini – in cui si traduce il suddetto trasferimento – resti confinato nei limiti dei poteri attribuiti dai trattati istitutivi di una simile organizzazione. A sua volta, in tanto una simile condizione può dirsi ricorrente, in quanto tali poteri siano esercitati nel rispetto del principio di proporzionalità, positivizzato, nell'ordinamento dell'Unione, dall'art. 5 del TUE, e violato, a dire dei giudici tedeschi, nell'azione della BCE, censurata dai ricorrenti, e “ratificata” dalla CGUE⁷.

Contro un simile argomento, non sono mancate obiezioni di un certo peso, nel dibattito sinora svoltosi. Secondo Ziller, anche a prescindere dall'inaccettabile sovrapposizione – per tal via determinatasi – del giudizio della Corte costituzionale rispetto a quello della Corte di giustizia (in ordine ai comportamenti della Banca centrale), il principio di proporzionalità, così configurato, non solo non troverebbe giustificazione nel diritto pubblico comparato, ma risulterebbe altresì indebitamente applicato ad una questione di delimitazione delle competenze fra organi, in contrasto con il diritto dell'Unione⁸. Di analoga opinione è Martucci, a giudizio del quale Corte di giustizia e Corte costituzionale tedesca esprimerebbero, perciò stesso, nelle rispettive decisioni, un diverso modo di interpretare la stessa

⁶ Corte costituzionale tedesca, *Weiss*, cit., par. 133 ss.

⁷ *Ivi.*, par. 139 ss.

⁸ J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in *Eurojus*, 2020. Sulla stessa lunghezza d'onda, cfr. D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 7 maggio 2020.

nozione di proporzionalità⁹. A stare, invece, a quanto sostiene Poiares Maduro, la Corte, riferendosi all'esigenza di una valutazione di proporzionalità fra gli obiettivi monetari perseguiti dalla BCE con la propria azione, e le conseguenze economiche di tale azione, lamenterebbe essenzialmente la mancanza di una motivazione esplicita di tale valutazione da parte della Banca, piuttosto che la sua assenza *tout court*. Di conseguenza, proprio ad un'esplicitazione delle ragioni delle sue azioni "incriminate" la BCE dovrebbe essere richiamata, da parte del Governo e del *Bundestag*, in esecuzione della pronuncia in esame¹⁰. Diversa ancora ci pare poi la posizione di Tesauro e De Pasquale, che, pur criticando, senza ambiguità, la pretesa dei giudici costituzionali tedeschi di controllare la legittimità di atti dell'Unione (in base allo stesso diritto dell'Unione), non mancano di rilevare come un simile tentativo abbia trovato spazio anche nella giurisprudenza di altre giurisdizioni nazionali¹¹.

Al di là di ogni discussione nel merito di tali posizioni, ci pare che esse – coerentemente, peraltro, con la loro intonazione esclusivamente tecnico-giuridica – trascurino una circostanza che a noi pare di estrema importanza per la complessiva comprensione del significato della decisione in esame nel quadro del processo di integrazione europea. Malgrado un'affermazione di principio di segno contrario¹², nell'identificare minuziosamente gli effetti economici delle misure di politica monetaria adottate dalla Banca centrale, e nell'affermare il rilievo giuridico di tali effetti, ai fini della valutazione della proporzionalità cui la Banca sarebbe tenuta, la Corte costituzionale prende chiaramente atto del fatto che misure di politica monetaria siano talora destinate a spiegare una forte incidenza su variabili di natura reale, in particolare su aspetti attinenti alla *distribuzione delle risorse e delle opportunità* tra le diverse categorie di attori economici.

Non si tratta, naturalmente, di una posizione del tutto nuova nella stessa giurisprudenza europea sinora sviluppatasi in tema di azione della BCE. Basta pensare che nella decisione *Weiss*, adottata nel 2018 dalla Corte di giustizia, quest'ultima aveva osservato, non solo che nell'ambito del capitolo VIII del TFUE «gli autori dei Trattati non hanno inteso operare una

⁹ F. MARTUCCI, "La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande", *Le club des juristes*, 11 maggio 2020.

¹⁰ M. POIARES MADURO, "Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court", cit.

¹¹ G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2020.

¹² Corte costituzionale tedesca, *Weiss*, cit., par. 159.

separazione assoluta tra la politica economica e quella monetaria»¹³ (in linea con affermazioni già presenti, sia in *Pringle*¹⁴ che in *Gauweiler*¹⁵), ma anche che tali effetti sono necessariamente implicati da misure preordinate ad incidere sul tasso di inflazione¹⁶.

A risultare nuove sono invece le conseguenze che la Corte costituzionale trae da un simile presupposto: e cioè, che se, nel perseguimento degli obiettivi assegnatigli dal Trattato, la BCE finisce *inevitabilmente* per ledere alcuni interessi e privilegiarne altri, essa deve tenerne dettagliatamente conto ed operare un bilanciamento. In particolare, nella fattispecie in oggetto, la Banca centrale avrebbe dovuto tener conto di tutta una serie di effetti distorsivi sull'economia reale, necessariamente implicati dalla natura dell'intervento: l'alterazione del costo del rifinanziamento del debito a carico del settore pubblico degli Stati membri e delle imprese, l'aumento della valutazione del patrimonio delle banche commerciali conseguente al trasferimento a carico del SEBC di grandi quantità di titoli di stato ad elevato rischio, le significative modificazioni del rendimento di alcune forme di risparmio, l'alterazione dei valori dei cespiti immobiliari, l'artificiale "salvataggio" di un gran numero di imprese ormai incapaci di realizzare livelli minimi di redditività¹⁷. Si tratta di preoccupazioni che attraversano capillarmente la "costituzione economica" tedesca, riflettendone le venature "ordoliberaliste", di cui notoriamente i governi della Repubblica Federale si sono sempre fatti fedeli interpreti negli ultimi 30 anni¹⁸.

Al riguardo è appena caso di osservare che Governo tedesco e *Bundestag* si sono fatti carico di ottemperare al mandato ricevuto dalla Corte riguardo alla necessità di ricevere delucidazioni dalla BCE a proposito delle suddette circostanze. Più esattamente, sembra essersi verificato proprio quanto ipotizzato da Pojares Maduro¹⁹; vale a dire, che gli organi suddetti abbiano

¹³ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*, par. 60. Anche in tal caso l'occasione della pronuncia era stato un rinvio pregiudiziale da parte della corte di Karlsruhe.

¹⁴ CGUE, sentenza del 31 luglio 2012, C-370/12, *Pringle*, par. 56.

¹⁵ CGUE, sentenza del 16 giugno 2016, C-62/14, *Gauweiler*, par. 52.

¹⁶ V., rispettivamente, CGUR, *Pringle*, cit., par. 66 e CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 78 e 108.

¹⁷ Corte costituzionale tedesca, *Weiss*, cit., par. 139.

¹⁸ La letteratura sull'argomento è sterminata. Solo a titolo esemplificativo, e senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010; W. BONEFELD, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, in *New Political Economy*, 2012, p. 633 ss.; S. PUHRINGER, *ThinkTank Networks of German neoliberalism. Power structures in economics and economic policies in post-war Germany*, in *ICAE Working Paper Series*, 2016. Più specificamente sulla concezione ordoliberalista della costituzione monetaria, cfr. F. FORTE, F. FELICE, E. DI NUOSCIO (a cura di), *Moneta, sviluppo e democrazia*, Soveria Mannelli, 2020.

¹⁹ *Supra*, in questo paragrafo.

interpretato tale mandato nel senso per cui si sono limitati a domandare alla BCE di esplicitare le motivazioni dell'azione "incriminata" – com'era stato, del resto, raccomandato dalla *Wissenschaftliche Dienste* dello stesso *Bundestag*²⁰ – accontentandosi delle informazioni così ottenute. Ciò è quanto si desume dalla mozione approvata, da quest'ultimo, a larghissima maggioranza il 30 giugno 2020²¹. Proprio a un risultato di tal genere erano mirate le reazioni adottate dalla stessa Corte di giustizia²², dalla Commissione²³ e dalla BCE²⁴, la quale ha peraltro regolarmente risposto alle richieste rivoltele da parte tedesca.

Come che sia andata, ci sembra però chiaro che la sentenza in esame rappresenti il punto estremo, in qualche modo l'inevitabile corollario, di una vicenda che ha caratterizzato tutta l'ultima fase della storia dell'Unione, in particolare dell'Unione monetaria. Si tratta, per l'appunto, della tensione fra il modello di teoria economica retrostante all'impianto dell'Unione *post-Maastricht* e la torsione cui tale impianto è andato incontro, in concreto, nel corso degli ultimi dodici anni.

3. Il "senso" dell'ordine di Maastricht

Per quanto concerne i caratteri essenziali del modello in questione, va qui brevemente ricordato che gli studiosi che hanno disegnato l'ordito del Trattato di Maastricht, nonché i riformatori che nel 2011 ne emendarono gli aspetti considerati più problematici progettando il *Fiscal Compact*, hanno sempre giustificato l'assetto dei poteri economici nell'Eurozona sulla base di due argomenti che, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, rappresentano gli assi portanti del pensiero economico ortodosso. Si tratta, in primo luogo, dell'idea che nella letteratura economica viene generalmente sintetizzata come *neutralità della moneta*, ossia la convinzione che la moneta non possa esercitare effetti permanenti né sul livello del Pil, né sulla sua distribuzione

²⁰ Bundestag, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Beschlüsse der Europäischen Zentralbank Zum Staatsanleihekaufprogramm*, 29 maggio 2020, www.bundestag.de.

²¹ Bundestag, *Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Anleihekaufprogramm PSPP der Europäischen Zentralbank*, 1 luglio 2020, www.dserver.bundestag.de.

²² CGUE, *Press release n. 58/20*, 8 maggio 2020, www.curia.europa.eu.

²³ La quale, per bocca della sua Presidente, ha subito ventilato la prospettiva dell'avvio di una procedura di infrazione contro la Germania: Commissione europea, *Statement by President Von Der Leyen*, 10 maggio 2020, www.ec.europa.eu.

²⁴ BCE, *Introductory remarks by Yves Mersch, Member of the Executive Board of the ECB and Vice-Chair of the Supervisory Board of the ECB, at the Salzburg Global webinar*, 2 luglio 2020, www.ecb.europa.eu.

tra le diverse categorie di attori economici che concorrono a produrlo²⁵. E si tratta, in secondo luogo, della proposizione nota nel dibattito come *fiscal dominance*, vale a dire l'idea che la politica di bilancio possa condizionare la credibilità dell'autorità monetaria – e quindi pregiudicare il successo delle politiche di controllo della stabilità del valore della moneta – se l'assetto regolatorio non si preoccupa di proteggere con muri alti e spessi il “campo di gioco” dell'autorità monetaria medesima dall'invasione delle autorità fiscali, considerate naturalmente inclini ad esercitare pressioni in favore di politiche monetarie inflazionistiche, a causa dei vantaggi elettorali di breve periodo che ne conseguirebbero²⁶.

Dell'ipotesi di neutralità della moneta è figlia la divisione delle competenze e dei poteri economici dell'Unione nei due diversi ambiti della *politica economica* e della *politica monetaria*: la prima «fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni» (art. 119, par. 1, TFUE), e la seconda, finalizzata all'«obiettivo principale della stabilità dei prezzi» (art. 119 (2) e art. 127 TFUE). Dall'endemico conflitto di interesse tra autorità fiscali e monetarie discendono invece l'art. 130 TFUE – che sancisce formalmente l'indipendenza del banchiere centrale dagli organi espressione della sovranità popolare, e gli art. 123, 126 e 283 TFUE, che predispongono la strumentazione necessaria al banchiere centrale per difendersi dalle eventuali “aggressioni” delle autorità dotate di legittimazione democratica²⁷.

La fisionomia istituzionale della Banca centrale che risulta dall'incastro di queste tessere è quella di un attore che si muove in un campo di azione sostanzialmente circoscritto a «ciò che può controllare, vale a dire il livello dei prezzi»²⁸, e tuttavia collocato in una sorta di “fortezza” inespugnabile dai rappresentanti delle istanze dei titolari della sovranità. Nell'ambito di un quadro “democratico”, la legittimazione di questa programmatica “insensibilità” della BCE alle aspirazioni dei popoli di cui dovrebbe curare gli

²⁵ Cfr. M. FRIEDMAN, *The Role of Monetary Policy*, in *American Economic Review*, 1968, p. 1 ss.; M. FRIEDMAN, *Nobel Lecture: Inflation and Unemployment*, in *Journal of Political Economy*, 1977, p. 451 ss.

²⁶ K. ROGOFF, *The Optimal Degree of Commitment to an Intermediate Monetary Target*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1985, p. 1169 ss.; A. CUKIERMAN, *Central Bank Strategy, Credibility, and Independence. Theory and Evidence*, Cambridge, 1992; A. ALESINA, L.H. SUMMERS, *Central Bank Independence and Macroeconomic Performance: Some Comparative Evidence*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 1993, p. 151 ss.

²⁷ Sul punto, si consenta il rinvio a S. D'ACUNTO, *Peculiarità e criticità del modello europeo di sovranità monetaria*, in G. TARANTINO (a cura di), *La sovranità in un mondo senza confini*, Torino, 2015, p. 174 ss.

²⁸ P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, Bologna, 2009, p. 189.

interessi riposa evidentemente sulla sua (presunta) incapacità di influenzare, attraverso gli strumenti monetari, la ripartizione della ricchezza prodotta nelle comunità assoggettate alla sua “giurisdizione” tra le diverse categorie di attori economici che contribuiscono a produrla. Viceversa, se l’uso dello strumento monetario fosse suscettibile di produrre significativi effetti distributivi, la natura delle decisioni in oggetto acquisirebbero rilievo intrinsecamente “politico”, e i poteri relativi dovrebbero pertanto essere assoggettati al controllo di organismi direttamente o indirettamente espressione della sovranità popolare.

4. L’ordine di Maastricht alla prova della crisi e le torsioni della costituzione economica europea

Com’è noto, l’impianto normativo appena accennato si è rivelato inadeguato a tenere l’Europa al riparo dalle turbolenze vissute dell’economia globale in occasione della crisi finanziaria del 2008, nonché incapace di consentire ai Paesi europei di intercettare il vento della ripresa nel decennio successivo, quando, mentre gli Stati Uniti e le economie asiatiche tornavano a crescere a ritmi sostenuti, i Paesi in questione si ritrovavano invischiati nei vincoli derivanti dalla rigida architettura deflazionistica costruita a Maastricht ed ulteriormente inasprita nel 2011 con il *Fiscal Compact*. Questa inadeguatezza è, in gran parte, il risultato della fallacia delle proposizioni teoriche che di quell’assetto normativo sono state il fondamento, in particolare l’idea della sostanziale irrilevanza degli *shock* monetari sull’economia reale. L’esperienza della Grande Recessione ha evidenziato, al contrario, che l’interrelazione tra settore monetario e settore reale è profonda: quando, in conseguenza dello scoppio della bolla dei mutui *subprime*, le istituzioni finanziarie hanno contratto il credito, gli effetti si sono avvertiti non soltanto sul livello generale dei prezzi dei beni, ma anche, e in maniera violenta, sul Pil²⁹. E poiché l’assetto normativo dell’Eurozona imponeva vincoli rigidi nell’utilizzo della politica fiscale a tutti gli Stati membri colpiti più intensamente dalla recessione, la BCE sarebbe stata in un certo senso “costretta” a entrare in campo in maniera decisa per attenuare le tendenze deflazionistiche

²⁹ P. KRUGMAN, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Milano, 2012; J.P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino, 2013.

dell'economia europea e quanto meno avvicinare gli obiettivi di inflazione definiti dal proprio statuto³⁰.

Allargando il suo raggio d'azione attraverso l'utilizzazione dello strumento del *Quantitative Easing* – di cui, com'è noto, il *Public Sector Purchase Programme* costituisce una specificazione – la BCE si è, dunque, significativamente distaccata dal modello teorico or ora sintetizzato, manifestando di esser sempre più in grado di incidere – perlomeno potenzialmente – attraverso le sue politiche, anche sull'economia reale e sulla distribuzione del reddito. Dunque, è proprio in virtù della tensione, in tal modo generatasi con quel modello, che la Corte costituzionale tedesca è stata sollecitata ad indagare se, nell'esercitare questo ruolo, la BCE abbia travalicato i limiti del suo mandato, definito dagli art. 119 e 127 del TFUE. Già nella decisione sulla *Outright Monetary Transactions*, la Corte si interrogava, infatti, sui confini del perimetro della politica monetaria, ed utilizzava esplicitamente l'assenza di effetti redistributivi, in quel caso tra gli Stati membri interessati dalle operazioni di acquisto titoli, come criterio per la valutazione dell'attinenza dello strumento operativo in oggetto alle competenze della Banca centrale³¹. L'ipotesi della “neutralità” della moneta era messa decisamente in discussione, fino al punto da chiedere alla Corte di giustizia (non senza un pizzico di provocatoria impertinenza), in sede di rinvio pregiudiziale, di valutare preliminarmente se misure evidentemente “non neutrali” potessero legittimamente considerarsi rientranti nell'ambito di competenza di un organo tecnico, sottratto, per definizione, a qualsiasi controllo o responsabilità di carattere politico³². Del tutto coerente rispetto a tale impostazione ci sembra, del resto, la stessa decisione con cui il giudizio reso dalla CGUE venne in quel caso recepito³³. Oltre a ritenersi soddisfatti della valutazione positiva sull'idoneità delle OMT a non alterare i caratteri di fondo del mercato europeo dei titoli pubblici, i giudici di Karlsruhe, nella sentenza del 21 giugno 2016, rilevarono espressamente che il principio di proporzionalità dell'azione della BCE doveva ritenersi rispettato, in quel caso, anche sotto il profilo della sua incidenza su profili di politica economica³⁴. Ciò perché, pur

³⁰ Sul punto, cfr. A. BOITANI, *Sette luoghi comuni sull'economia*, Roma, 2017, p. 65 ss.; F. SARACENO, *La riconquista. Perché abbiamo perso l'Europa e come possiamo riprendercela*, Roma, 2020, p. 93 ss.

³¹ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 14 gennaio 2014, *Weiss*, 2 BvR 859/15, 2 BvR 2728/13, BVerfG.

³² Sul punto, si consenta il rinvio a S. D'ACUNTO, “Sulla coerenza del programma OMT con il diritto dell'Unione europea”, *SIDIBlog*, 24 febbraio 2014.

³³ Ci si riferisce alla sentenza CGUE, *Gauweiler*, cit. Sul punto, cfr. S. CAFARO, “Caso OMT: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE”, *SIDIBlog*, 17 giugno 2015.

³⁴ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, BVerfG.

ricorrendo tale incidenza, essa doveva ritenersi controbilanciata dalla circostanza che «[...] the participation of Member States in adjustment programmes, Member States' access to the bond market, and the focus on bonds with a short maturity – [...] make it appear acceptable to assume that the OMT Programme is at least predominantly of a monetary policy character»³⁵.

Non può allora stupire più di tanto che nella sentenza del 5 maggio scorso sul PSPP, la Corte – come si è illustrato poco sopra³⁶ – abbia riproposto il criterio della presenza di effetti redistributivi come cartina di tornasole per la precisazione di prerogative e obblighi della BCE; né può stupire che un simile criterio risulti giuridicamente ricondotto nell'alveo del principio di proporzionalità, visto che proprio questo si era già verificato nella stessa decisione del 2016, appena ricordata. Il fatto che, nel frattempo, fosse intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia a chiarire che l'azione della politica monetaria non può che esercitarsi per mezzo di interventi di natura intrinsecamente “invasiva”³⁷, in particolare mediante l'alterazione dei tassi di interesse, piuttosto che chiudere il conflitto, ha paradossalmente rafforzato i dubbi della Corte costituzionale in merito alla coerenza dell'azione della BCE con i principi dell'ordinamento costituzionale tedesco. Il problema – ci dice in sostanza la Corte tedesca – è assai più complesso di come la Corte di giustizia voglia farlo apparire. Nel mettere in evidenza gli effetti distorsivi dell'economia reale già evidenziati (concernenti i redditi delle diverse categorie di agenti economici³⁸), il *Bundesverfassungsgericht* paventa, insomma, un'alterazione dei meccanismi di mercato, di dimensioni tali da indebolire gravemente il potere segnaletico dell'intero sistema dei prezzi dei fattori produttivi.

È dunque in un contesto di tal genere che, in ultima analisi, deve inquadrarsi il ricorso effettuato nella sentenza in esame al principio di proporzionalità. All'invito a “prendere sul serio” il rispetto di detto principio sembra cioè soggiacere la convinzione che, proprio in virtù della natura squisitamente redistributiva dell'azione della politica monetaria, ovvero, della sua incidenza sugli ordinari meccanismi del mercato, l'assenza di forme significative di controllo politico sulla BCE, in relazione al suo operato (*ex art.* 130 TFUE), debba trovare, in qualche misura, una forma di compensazione. A giudizio della Corte, tale forma di compensazione non può che consistere,

³⁵ Ivi, par. 196 del testo inglese della decisione.

³⁶ *Supra*, par. 2.

³⁷ CGUE, *Weiss*, cit., par. 59.

³⁸ Ancora *supra*, par. 2.

nel “rendere conto” – per l’appunto, nella logica propria al principio di proporzionalità – degli strumenti utilizzati rispetto allo scopo perseguito, delle alternative eventualmente praticabili, degli effetti secondari associati ad ognuno degli strumenti disponibili, e dei criteri concretamente adottati nel bilanciamento dei (tanti) diversi interessi coinvolti. Va peraltro sottolineato che nella decisione nessuna particolare indicazione è data a Parlamento e Governo riguardo alle azioni da adottare in concreto a questo fine. Tale circostanza è significativa, alla luce degli esiti della vicenda in questione, sui quali ci soffermeremo di qui a poco.

5. Considerazioni conclusive

Quali sono, dunque, le considerazioni che si possono svolgere, in base a quel che precede?

Benché possa forse risultare il contrario, non rientra nelle nostre intenzioni né avallare la scelta di “politica giudiziaria” operata dalla Corte costituzionale tedesca, né criticare l’azione sinora svolta della BCE, sia al fine di combattere le tendenze deflazionistiche di cui si è detto, sia allo scopo di sostenere la moneta unica nel caso di tensioni speculative, in particolare nel quadro generale dell’emergenza pandemica.

In ordine al *primo* dei due profili evocati, siamo perfettamente consapevoli che la pretesa espressa dalla Corte, di sovrapporre la propria interpretazione a quella della Corte di giustizia (pur vincolante ai sensi dei trattati), corrisponde *anche* all’esigenza di “difendere” principi propri, in ultima analisi, della “costituzione economica tedesca”³⁹, oltre che a quella, pur presente, di far valere il principio di democrazia, così come questo si presenta nell’ordinamento costituzionale di quel Paese⁴⁰. In merito al *secondo* profilo, è sufficiente ricordare che non abbiamo mancato di valorizzare, in altre sedi, l’azione sin qui condotta dalla BCE nell’ambito della crisi in corso, auspicandone addirittura un’estensione eccezionale, al di là dei limiti per essa previsti, sulla base di un (possibile) mutuo consenso degli Stati parti dei trattati rilevanti, conformemente alle previsioni degli art. 57-58 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴¹.

³⁹ Ed infatti, v. quanto detto *supra*, par. 2 e par. 4, *in fine*.

⁴⁰ Principio fatto valere anche a proposito dell’applicazione provvisoria dell’accordo CETA, concluso dall’Unione. Cfr. Corte costituzionale tedesca, sentenza del 7 dicembre 2016, 2 BvR 1444/16, BVerfG.

⁴¹V. l’appello pubblicato in MicroMega del 14 aprile 2020.

Tuttavia, ci sembra che le critiche rivolte alla sentenza del 5 maggio scorso, e le funeste profezie ad essa generalmente associate, siano esagerate; o meglio, che esse non centrino necessariamente il bersaglio. Non si tratta di ricordare – come pure è stato fatto⁴² – che l’atteggiamento del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti della Corte di giustizia dell’Unione trova riscontro, in realtà, benché in forme diverse e meno eclatanti, in parecchie decisioni di altre corti supreme, o costituzionali, nazionali⁴³, e che pure il ricorso ai “controlimiti” si fa sempre più consistente nella giurisprudenza rilevante di tribunali supremi nazionali⁴⁴. Né si tratta di sottolineare che, nei confronti degli Stati europei – infelicemente definiti come Stati a “democrazia illiberale” – ancor prima che il *potenziale* esempio negativo ricavabile dalla Corte costituzionale tedesca, abbiano *già* giocato, assai negativamente, le blande reazioni sinora adottate dall’Unione⁴⁵, e – per ciò che riguarda in particolare le misure emergenziali ungheresi contro la pandemia – l’assenza di reazioni degli stessi Stati parti della Convenzione europea⁴⁶.

Si tratta, piuttosto, di ribadire quanto abbiamo cercato di argomentare, ossia che la decisione della Corte costituzionale tedesca costituisce l’esito finale della torsione subita – per effetto dell’azione condotta negli ultimi anni dalla BCE – dal modello teorico soggiacente al Trattato di Maastricht (e alle “riforme” successive) e dal correlativo assetto normativo. Visti in quest’ottica, l’impostazione di tale decisione, e i suoi stessi esiti, possono allora considerarsi rivelatori di una duplice, scomoda verità⁴⁷. E cioè, del fatto che la neutralità ... politica della politica monetaria europea è essenzialmente un... mito⁴⁸; e che, malgrado questa circostanza, tale politica resta, allo stato attuale, nelle mani di un organo tecnico, non soggetto, in quanto tale, a controllo politico.

⁴² *Supra*, par. 2.

⁴³ Per i riferimenti, cfr. D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue. The German Federal Constitutional Court’s Judgment in the Weiss Case and its European Implications*, in *EU Law Live*, 9 maggio 2020.

⁴⁴ J. MALENOVSKY, *L’agonie sans fin du principe de non-invocabilité du droit interne*, in *Revue générale de droit international public*, 2017, p. 291 ss.

⁴⁵ F. CASOLARI, “La protezione dello stato di diritto nell’Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?”, *SIDIBlog*, 7 aprile 2020.

⁴⁶ P. DE SENA, “Contrasto al COVID-19 e/o demolizione dello stato di diritto? Le misure ungheresi e la Convenzione europea”, *SIDIBlog*, 7 aprile 2020.

⁴⁷ Scomoda anche per insospettabili politici tedeschi. Si vedano, ad esempio, le sorprendenti dichiarazioni rese da Wolfgang Schäuble al *Frankfurter Allgemeine* immediatamente dopo la sentenza, www.faz.net.

⁴⁸ Sul punto, cfr. A. TOOZE, “*The Death of the Central Bank Myth*”, *Foreign Policy*, 13 maggio 2020.

Ciò detto, non è nostra ambizione fornire, in questa sede, alcun suggerimento specifico riguardo al possibile superamento della contraddizione posta in luce. Una simile prospettiva, non solo ci pare velleitaria, ma neanche inutile, dato il presente proliferare di *task forces* e di “consiglieri del principe”, più o meno disinteressati. Non ci sfugge, però, che gli interventi straordinari della BCE sono figli della originaria decisione di mantenere a livello nazionale le decisioni in materia economica e fiscale, a fronte del trasferimento a livello sovranazionale della competenza in tema di politica monetaria. E neppure ci sfugge che questa stessa decisione è alla base delle modeste dimensioni del bilancio europeo e della conseguente impossibilità delle tradizionali istituzioni dell’Unione – *in primis* il Parlamento – di intervenire per sanare gli squilibri fra Stati membri, in assenza di risorse fiscali autonomamente decise⁴⁹.

Proprio queste circostanze ci inducono allora a concludere il nostro intervento, limitandoci ad esprimere qualche perplessità. Se è vero che la decisione del *Bundesverfassungsgericht* non è che una conseguenza delle contraddizioni della complessiva vicenda da noi tratteggiata, è davvero pensabile che il superamento di simili contraddizioni sia oggi possibile con la “politica dei piccoli passi”⁵⁰? Ed ancora: è davvero possibile continuare a pensare che contraddizioni di questa portata possano essere governate – se non sciolte – da organi tecnici o giudiziari, e non per la via maestra, *politica e democratica*, del procedimento di revisione dei trattati? In ultima analisi: non è proprio in/da una situazione di tal genere – piuttosto che da una decisione di una Corte costituzionale – che istituzioni come la Corte di giustizia, o la stessa BCE rischiano, alla lunga, di restare stritolati?

Ad acuire le preoccupazioni retrostanti ai dubbi appena posti possono citarsi, del resto, due circostanze, che riguardano lo stesso ruolo svolto dalla Corte costituzionale tedesca nella vicenda in questione. In proposito è anzitutto necessario ribadire che la decisione oggetto del nostro commento ha avuto, come suo esito finale, una semplice richiesta di esplicitazione delle motivazioni dell’azione della BCE, ottenute da tale istituzione, ed approvate, a larga maggioranza, dal *Bundestag*⁵¹. A ciò va aggiunto che il *Bundesverfassungsgericht* si è, di recente, dichiarato soddisfatto dell’azione così svolta dal *Bundestag* e dalla *Bundersregierung* rigettando, il 29 aprile 2021, un ricorso

⁴⁹ Cfr. G. ROSSOLILLO, “La Corte costituzionale tedesca e le contraddizioni del processo di integrazione europea”, *Euractiv*, 10 Maggio 2020; e ancora S. CAFARO, “Quale Quantitative Easing e quale Unione Europea dopo la sentenza del 5 Maggio?”, cit.

⁵⁰ In senso contrario, lucidamente, F. POCAR, *I settant’anni dell’Unione europea nella pandemia*, in *Eurojus*, 2020.

⁵¹ *Supra*, par. 2.

che la riteneva insufficiente a dare esecuzione al giudizio del maggio 2020⁵². A questo fine, al di là dell'utilizzazione di argomenti di diritto processuale costituzionale tedesco, la Corte costituzionale ha ritenuto che gli sforzi compiuti da Parlamento e Governo per accertare il bilanciamento di interessi economici diversi, effettuato, a suo tempo, dalla BCE potessero, viceversa, considerarsi adeguati, vista anche la discrezionalità di cui gli organi in questione godevano, nel dare esecuzione alla sua decisione. In altri termini, dunque, i giudici di Karlsruhe, hanno finito, nei fatti, per accontentarsi anch'essi della mera esplicitazione delle ragioni dell'azione della BCE, rinunciando a qualsiasi valutazione sulla incisività dell'azione di Governo e Parlamento in ordine al controllo del giudizio di proporzionalità condotto dalla BCE.

Naturalmente, non è nostra intenzione commentare qui la posizione adottata, in quest'ultima decisione, dalla Corte costituzionale. Ciò nonostante, anche in relazione ad essa, qualche interrogativo conclusivo lo si può porre, proprio nella logica generale del discorso che abbiamo svolto. Ed allora: non è forse vero che, nella genericità delle richieste rivolte al *Bundestag* e alla *Bundesregierung*⁵³, e nell'attestarsi sulla linea remissiva, da loro scelta rispetto alla BCE, il *Bundesverfassungsgericht* ha obbiettivamente fatto corpo con questi ultimi, onde evitare di mettere seriamente a rischio il processo di integrazione, in una fase come quella attuale? Ancora: se questo è vero, può negarsi che una simile operazione sia espressione di una sorta di sinergia "politica" con il Governo e il Parlamento? Ed infine: non può per caso ritenersi che una simile sinergia, rappresenti anch'essa un precipitato degli squilibri del processo di integrazione, di cui il ruolo svolto dalla BCE – come qui ricostruito – costituisce uno dei sintomi più eclatanti?

⁵² Corte costituzionale tedesca, ordinanza del 29 aprile 2021, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, BVerfG.

⁵³ V. *supra*, par. 4.

La Corte costituzionale tedesca e il processo di integrazione europea: identità costituzionale, tutela dei diritti fondamentali e controlimiti strutturali

GIULIA ROSSOLILLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di identità nazionale nell'art. 4, par. 2, TUE. – 3. Nozione e limiti dell'identità nazionale nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 4. L'identità costituzionale come limite all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione europea in contrasto con diritti fondamentali garantiti dal *Grundgesetz*. – 5. L'identità costituzionale come limite di carattere strutturale nella giurisprudenza del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*. – 6. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul programma PSPP e le contraddizioni dell'Unione economica e monetaria. – 7. Le conseguenze della sentenza sugli sviluppi del processo di integrazione europea.

ABSTRACT: L'identità costituzionale come limite all'applicazione di norme di diritto dell'Unione europea è stata declinata dal *Bundesverfassungsgericht* sia come limite all'applicazione di singole disposizioni dell'Unione in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione tedesca, sia come limite di carattere strutturale in grado di mettere in gioco i meccanismi stessi di funzionamento dell'Unione europea. Mentre la giurisprudenza costituzionale tedesca che ha seguito la prima linea di tendenza trova punti di convergenza, soprattutto nei suoi sviluppi più recenti relativi al diritto all'oblio, con la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 4, par. 2, TUE, la seconda linea interpretativa mette in luce contraddizioni di fondo dell'Unione economica e monetaria non suscettibili di essere superate in via giurisprudenziale, come emerge dalla pronuncia sul PSPP del 5 maggio 2020, che porta quest'ultima tendenza alle sue estreme conseguenze e dunque a una netta contrapposizione nei confronti della Corte di giustizia. Anche alla luce delle misure adottate dall'Unione europea per far fronte alla crisi sanitaria da COVID-19 e alle conseguenze economiche della stessa, le obiezioni di carattere strutturale opposte dalla Corte di Karlsruhe possono essere lette come uno stimolo a modificare i Trattati per colmare l'asimmetria tra politica monetaria e politica economica e fiscale che rappresenta oggi la contraddizione per eccellenza del processo di integrazione.

PAROLE CHIAVE: Identità nazionale – controlimiti – Corte costituzionale tedesca – principio di democrazia – Unione economica e monetaria – diritti fondamentali.

1. Introduzione

La sentenza del 5 maggio 2020¹ del *Bundesverfassungsgericht* ha sancito per la prima volta il carattere *ultra vires* dell'azione della BCE e della Corte di giustizia, dichiarando l'inapplicabilità nell'ordinamento tedesco, fatta salva

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università di Pavia, giulia.rossolillo@unipv.it.

¹ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, BVerG.

la possibilità di giustificare il programma in questione e dimostrarne il carattere proporzionato, del *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) adottato dalla Banca Centrale Europea, nonché della sentenza della Corte di giustizia che, su rinvio pregiudiziale della stessa Corte di Karlsruhe, ne dichiarava la compatibilità con il diritto dell'Unione².

La pronuncia ha sollevato reazioni estremamente negative da parte di molti commentatori³, che ne hanno messo in luce i potenziali effetti

² Come nota J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in *Eurojus*, 2020, p. 151 ss., a p. 153, il *Bundesverfassungsgericht* mette in atto ciò che aveva già in altre occasioni – da ultimo nel rinvio pregiudiziale nel caso *Gauweiler* (CGUE, sentenza del 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*) – minacciato, e cioè la non applicazione di pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia.

³ V. tra gli altri R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 9 ss.; S. CAFARO, "Quale quantitative easing e quale Unione europea dopo la sentenza del 5 maggio?", *SIDIBlog*, 8 maggio 2020; B. CARAVITA DI TORITTO, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, 13 maggio 2020; G. DAVIES, "The German Constitutional Court Decides Price Stability May not Be Worth Its Price", *European Law Blog*, 21 maggio 2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe überalles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 7 maggio 2020; F. MARTUCCI, "La BCE et la Cour constitutionnelle allemande: souligner les paradoxes de l'arrêt du 5 mai de la Cour constitutionnelle allemande", *Le club des juristes*, 11 maggio 2020; F.C. MAYER, *To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's Ultra Vires Decision of May 5, 2020*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1116 ss.; P. MEIER-BECK, "Ultra vires?", *D'Kart. Antitrust blog*, 11 maggio 2020; E. PERILLO, *De Karlsruhe au Kirchberg et retour: le long voyage, courageux mais prévisible, d'un tourmenté «ultra vires Urteil»*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 127 ss.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, "La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco", *DUE - Osservatorio europeo*, maggio 2020; U. VILLANI, *Brevi note sull'uso anomalo della sentenza del 5 maggio 2020 del Bundesverfassungsgericht*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 673 ss.; A. VITERBO, *The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank*, in *European Papers*, 2020, p. 671 ss.; M. WENDEL, *Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception*, in *German Law Journal*, 2020, p. 979 ss.; J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur*, cit. Tra i commenti che, pur criticando alcuni passaggi della sentenza, ne mettono in luce il carattere più di conseguenza delle contraddizioni del processo di integrazione che di causa delle stesse v. M. AVBELJ, *Constitutional Pluralism and Authoritarianism*, in *German Law Journal*, 2020, p.1023 ss.; P. DE SENA, S. D'ACUNTO, "La Corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea", *SIDIBlog*, 14 maggio 2020; M. DANI, J. MENDES, A.J. MENENDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, "At the End of the Law. A Moment of Truth for the Eurozone and the EU", *Verfassungsblog*, 15 maggio 2020; P. DOURADO, M. POIARES MADURO, *A Plead for the European Union Fiscal Autonomy*, in *INTERTAX*, 2020, p. 695 ss.; M. POIARES MADURO, "Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court", *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; G. ROSSOLILLO "Il monito della Corte costituzionale tedesca sul

devastanti sul processo di integrazione europea e sulle misure in discussione per far fronte alle conseguenze economiche della crisi sanitaria in corso. Le stesse istituzioni dell'Unione hanno fatto muro contro il *Bundesverfassungsgericht*: la BCE⁴ dichiarando che la sentenza in questione non avrebbe avuto influenza sulle sue decisioni e sui suoi programmi di acquisto di titoli, la Corte di giustizia⁵ ricordando di essere l'unico organo competente in via esclusiva a sindacare la compatibilità degli atti delle istituzioni con il diritto dell'Unione, e la Commissione europea minacciando di presentare un ricorso per infrazione contro la Germania⁶.

Si tratta di prese di posizione – queste ultime – che mirano ad evitare che la sentenza della Corte tedesca mini il fragile equilibrio tra poteri delle istituzioni europee e prerogative degli Stati membri, che ha visto negli ultimi anni le prime tentare di supplire, con la propria azione, alla paralisi dei secondi, incapaci al contempo di trovare un accordo tra loro su questioni cruciali per il processo di integrazione e di compiere il passo di mettere mano ai Trattati per attribuire alle istituzioni dell'Unione quei poteri necessari perché il livello sovranazionale possa divenire autonomo nella sua sfera di competenza.

La pronuncia in oggetto offre dunque l'occasione per riflettere di nuovo sulla nozione di identità costituzionale come limite all'integrazione europea e sulle possibili letture di tale identità.

L'affermazione da parte della Corte costituzionale di uno Stato membro della possibilità di porre limiti alla prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno quando siano in gioco principi fondamentali della Costituzione dello Stato non è in effetti certo una novità. Come non sono una novità i conflitti tra Corti costituzionali degli Stati membri e Corte di giustizia, come emerso da ultimo nella vicenda *Taricco*⁷.

Ciò che caratterizza la giurisprudenza costituzionale tedesca è tuttavia il

futuro del processo di integrazione europea”, *SIDIBlog*, 19 maggio 2020; K. SCHNEIDER, *Gaug in “Ultra-Vires”: The Good Parts*, in *German Law Journal*, 2020, p. 968 ss.; T. VIOLANTE, *Bring Back the Politics: the PSPP Ruling in Its Institutional Context*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1045 ss.

⁴ ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate, Press Release, 5 May 2020.

⁵ CGUE, Press Release No. 58/20, 8 maggio 2020. Sul comunicato stampa in questione v. J. LINDEBOOM, *Is the Primacy of EU Law Based on the Equality of the Member States? A Comment on the CJEU’s Press Release Following the PSPP Judgment*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1032 ss.

⁶ Statement by the President Von der Leyen, 10 maggio 2020. Sul punto v. F. FABBRINI, “Suing the BVerfG”, *Verfassungsblog*, 13 maggio 2020; S. POLI, R. CISOTTA, *The German Federal Constitutional Court’s Exercise of Ultra Vires Review and the Possibility to Open an Infringement Action for the Commission*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1078 ss.

⁷ V. CGUE, sentenza dell’8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*; Corte Cost., ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24; CGUE, sentenza del 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. (Taricco II)*.

fatto che la nozione di identità costituzionale è stata declinata negli anni non solo come un limite all'applicazione di singole disposizioni di diritto dell'Unione in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione tedesca, ma anche come un vero e proprio limite di carattere strutturale, in grado di mettere in discussione i meccanismi stessi di funzionamento dell'Unione europea⁸.

Attraverso un'analisi da un lato delle disposizioni dei trattati istitutivi e delle pronunce della Corte di giustizia sulla tutela dell'identità nazionale degli Stati membri, e dall'altro delle due tendenze della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sopra citate, si cercherà di mettere in luce come, intesa nella prima accezione, l'identità costituzionale, soprattutto alla luce delle sentenze più recenti, sembri trovare un possibile punto di convergenza con la nozione di identità nazionale degli Stati membri fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, mentre la lettura della nozione di identità costituzionale come limite di carattere strutturale ponga in evidenza alcune contraddizioni di fondo del processo di integrazione difficilmente superabili in via giurisprudenziale.

2. La nozione di identità nazionale nell'art. 4, par. 2, TUE

La necessità che l'Unione rispetti l'identità nazionale degli Stati membri è espressamente prevista dal diritto primario dell'Unione. Secondo l'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, infatti, «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare la funzione di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

L'ingresso della nozione di identità nazionale nel testo dei Trattati risale in realtà al Trattato di Maastricht, che si limitava a prevedere che l'Unione rispettasse l'identità nazionale degli Stati membri «i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici»⁹.

⁸ Sul punto v. J. ZILLER, *L'insoutenable*, cit., p. 155.

⁹ Sull'art. 4, par. 2, TUE, v. per tutti E. CLOOTS, *Identity in EU Law*, Oxford, 2015; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017. Sul legame tra rispetto dell'identità nazionale e ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri v. B. BRUSAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: the Ordinary Functions of the Identity Clause*, Jean

Come è stato notato¹⁰, la formulazione attuale della norma, collegando identità nazionale e struttura fondamentale, politica e istituzionale dello Stato, contribuisce a definire in modo più chiaro i contorni della nozione di identità e contemporaneamente ne chiarisce la coincidenza con il concetto di identità costituzionale. A definire l'identità nazionale che l'Unione deve rispettare non concorrono infatti, secondo quanto si legge nella disposizione in oggetto, elementi che non trovino manifestazione nella struttura politica e istituzionale dello Stato stesso. D'altronde, che le due nozioni di identità nazionale e di identità costituzionale coincidano emerge dal richiamo che le stesse Corti costituzionali degli Stati membri, nell'invocare il limite dell'identità costituzionale dello Stato, fanno all'art. 4, par. 2, TUE¹¹.

Il collegamento operato dall'art. 4, par. 2, TUE tra identità nazionale e identità costituzionale consente anche di affermare una nozione di identità costituzionale che non abbia effetti potenzialmente distruttivi sul processo di integrazione.

In effetti, l'inquadramento della nozione di identità costituzionale nell'art. 4, par. 2, TUE consente di limitare la discrezionalità degli Stati e di definire i confini entro i quali ogni Stato può far valere la propria identità come limite all'applicazione del diritto dell'Unione¹². Questi confini sono

Monnet Working Paper, 01/12, p. 5 e 25 s. Con il Trattato di Amsterdam, il riferimento ai principi democratici è stato eliminato dal testo della norma.

¹⁰ In questo senso v. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss., a p. 1427, i quali peraltro notano come le versioni linguistiche della norma non siano perfettamente coincidenti, dal momento che il testo tedesco fa riferimento all'identità nazionale *espressa* nella struttura fondamentale, politica e costituzionale, dello Stato, facendo intendere in questo modo che l'identità nazionale preesista alla struttura politica e istituzionale che ne è espressione, mentre le versioni inglese e francese [e italiana] si riferiscono all'identità nazionale *insita* (*inherent/inhérente*) nella struttura fondamentale dello Stato, facendo dunque coincidere Costituzione nazionale e identità nazionale. Sul punto v. anche E. CLOOTS, *Identity*, cit., p. 55; G. VAN DER SCHYFF, *Member States of the European Union, Constitutions and Identity*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020, p. 305 ss., a p. 330. Dubbi sulla coincidenza tra identità nazionale e identità costituzionale sono invece espressi da T. SZABADOS, *Constitutional Identity and Judicial Cooperation in Civil Matters in the European Union. An Ace Up the Sleeve?*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 71 ss., a p. 75.

¹¹ Nel senso che identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE e identità costituzionale dei singoli Stati membri vadano tenute distinte, dal momento che cambiano prospettive e competenze (la definizione di identità nazionale spetta alla Corte di giustizia, mentre quella di identità costituzionale alle Corti costituzionali nazionali) v. G. DI FEDERICO, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola Taricco" nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 6 ss. Per riferimenti alla giurisprudenza costituzionale di altri Stati membri v. E. CLOOTS, *Identity*, cit., p. 51 ss.; J. ZILLER, *L'insoutenable*, cit., p. 157.

¹² Sul punto v. A.J.N. DA CUNHA RODRIGUES, *National Identity and European Construction*, in K. LENAERTS, J.C. BONICHOT, H. KANNINEN, L. NAÔMÉ, P. POHJANKOSKI (eds), *An Ever-*

tracciati non solo dalla definizione che di identità nazionale dà l'art. 4, par. 2, TUE, ma anche dal paragrafo 3 dello stesso articolo, che impone agli Stati membri e all'Unione di cooperare lealmente¹³ e di rispettarci e assistersi reciprocamente, e agli Stati di adottare ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione stessa. Se dunque è compito degli Stati membri definire in concreto il contenuto della loro identità nazionale/costituzionale, tale opera di definizione non potrà mettere in pericolo il conseguimento di tali obiettivi, né i valori sui quali l'Unione si fonda, enunciati dall'art. 2 TUE.

3. Nozione e limiti dell'identità nazionale nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La necessità di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri compare espressamente nella giurisprudenza della Corte di giustizia già in epoca antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Nella sentenza *Commissione c. Lussemburgo*¹⁴ del 1996, di fronte al tentativo delle autorità lussemburghesi di giustificare le disposizioni nazionali che richiedevano il possesso della cittadinanza lussemburghese per l'esercizio di alcune professioni in settori pubblici quali quello dell'insegnamento sulla base della necessità di garantire la trasmissione dei valori tradizionali e dunque di salvaguardare l'identità nazionale, la Corte menziona in effetti espressamente la disposizione del Trattato di Maastricht corrispondente all'attuale art. 4, par. 2,

Changing Union? Perspectives on the Future of EU Law in Honour of Allan Rosas, Oxford, 2019, p. 35 ss., a p. 40; A. SCHNETTGER, *Article 4 (2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (eds), *Constitutional Identity*, cit., p. 9 ss., spec. p. 15, che cita, tra le disposizioni che costituiscono la cornice entro la quale gli Stati sono legittimati ad invocare la loro identità nazionale/costituzionale, anche l'art. 3, par. 3, TUE e l'art. 167 TFUE; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy*, cit., p. 1430 ss.; conclusioni dell'Avvocato Generale Póitíes Maduro del 20 settembre 2005, C-53/04, *Marrosu e Sardino*, punto 40. Come nota E. PERILLO, *De Karlsruhe*, cit., l'obbligo previsto dal par. 3 dell'art. 4 TUE si traduce nel fatto che «les États membres doivent, à leur tour, respecter l'identité constitutionnelle de l'Union».

¹³ Come nota l'Avvocato Generale Wathelet nelle conclusioni del caso *Coman* (conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet dell'11 gennaio 2018, C-673/16, *Coman*) in relazione alla definizione da parte del diritto rumeno del matrimonio come l'unione di un uomo e di una donna e al divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso previsto dal medesimo ordinamento, «se si dovesse ritenere che la concezione del matrimonio attiene all'identità nazionale di taluni Stati membri [...] l'obbligo di rispettare tale identità, indicato all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, non potrebbe essere interpretato indipendentemente dall'obbligo di leale cooperazione sancito al paragrafo 3 della medesima disposizione».

¹⁴ CGUE, sentenza 2 luglio 1996, C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 35.

TUE¹⁵. Tuttavia, la disposizione nazionale in questione non supera il vaglio del rispetto del principio di proporzionalità.

Nello stesso senso la Corte si pronuncia in alcune sentenze relative alla tutela dell'identità linguistica dello Stato, oggetto peraltro di tutela anche da parte dell'art. 3, par. 3, TUE e dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quali la sentenza *Las*¹⁶.

Più rilevanti ai fini di una valutazione della possibilità di conciliare giurisprudenza della Corte di giustizia e giurisprudenza costituzionale degli Stati membri sono tuttavia alcune pronunce in materia di libertà di circolazione delle persone nelle quali non solo la Corte di giustizia prende espresamente in considerazione l'identità nazionale degli Stati membri quale limite alle libertà in questione, ma nella valutazione della proporzionalità di tali misure attribuisce un peso determinante alla conformità o meno di queste ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione.

Particolarmente significative sotto questo aspetto sono le pronunce *Sayn-Wittgenstein*¹⁷ e *Coman*¹⁸.

Nella prima, relativa al divieto delle autorità austriache di riconoscere il nome nobiliare di una propria cittadina acquisito da questa nel suo Stato membro di residenza in virtù di un'adozione da parte di un cittadino di tale Stato, la Corte ritiene che detto divieto possa essere giustificato sulla base della necessità di tutelare l'identità costituzionale austriaca e l'ordine pubblico¹⁹. In particolare, la Corte considera le disposizioni in oggetto proporzionate all'esigenza di tutelare tale identità in quanto la legge sull'abolizione della nobiltà risponderebbe al principio di parità di trattamento di tutti i cittadini di fronte alla legge, espressione del principio di uguaglianza sancito anche dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il confine della libertà dello Stato di invocare il limite del rispetto della propria identità nazionale, che l'Unione rispetta ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, è dunque tracciato dalla conformità o meno di tale limite ai diritti fondamentali garantiti dall'Unione. Pur essendo il nome un elemento costitutivo dell'identità del soggetto, tutelata dall'art. 8 CEDU e dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali, la rispondenza della normativa austriaca volta a tutelare l'identità nazionale a un diritto fondamentale è dunque idonea a

¹⁵ La Corte fa riferimento in effetti all'art. F, n. 1, del Trattato di Maastricht, tradottosi poi nell'art. 6, par. 3 del Trattato sull'Unione europea nella versione consolidata.

¹⁶ CGUE, sentenza del 16 aprile 2016, C-202/11, *Las*.

¹⁷ V. anche CGUE, sentenza del 2 giugno 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorf*. Un ragionamento molto simile era stato seguito dalla Corte nella sentenza *Omega* (CGUE, sentenza del 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega*), nella quale tuttavia è assente un riferimento esplicito alla tutela dell'identità nazionale e all'art. 4, par. 2, TUE.

¹⁸ CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*.

¹⁹ Sul rapporto tra identità nazionale e ordine pubblico v. A. SCHNETTGER, *Article 4 (2) TEU*, cit., p. 25 e p. 34; T. SZABADOS, *Constitutional Identity*, cit., p. 80.

giustificare un ostacolo alla libertà di circolazione²⁰.

L'importanza del parametro di conformità ai diritti fondamentali trova poi piena conferma nella sentenza *Coman*, relativa al rifiuto da parte delle autorità rumene, ai fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato al cittadino di uno Stato terzo, di riconoscere il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione del medesimo sesso. Il Governo rumeno invocava il carattere fondamentale del matrimonio quale unione tra un uomo e una donna e il Governo lettone, intervenuto nel procedimento, sottolineava come il rifiuto di riconoscimento fosse giustificato da ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE. La Corte, ribadendo la necessità per l'Unione di rispettare tale identità, sottolinea da un lato che la nozione di ordine pubblico deve essere interpretata in senso restrittivo, dall'altro che qualsiasi misura nazionale che sia idonea ad ostacolare le libertà di circolazione delle persone può essere giustificata solo se conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Nel caso di specie, il rifiuto di riconoscere il vincolo matrimoniale sulla base di considerazioni attinenti alla tutela dell'identità nazionale sarebbe stato contrario all'art. 7 della Carta, che afferma il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

La conformità ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta rappresenta dunque l'ago della bilancia, in grado di giustificare o meno una misura posta a tutela dell'identità nazionale dello Stato²¹. E sembra in qualche modo modificare le modalità attraverso le quali la Corte valuta la proporzionalità della misura nazionale in questione. Mentre infatti solitamente il giudizio di

²⁰ Secondo J. N. DA CUNHA RODRIGUES, *National Identity*, cit., p. 49, da un certo punto di vista si può dire che i diritti fondamentali abbiano comportato una modifica qualitativa delle libertà di circolazione. Considerazioni molto simili a quelle sviluppate nella sentenza *Sayn-Wittgenstein* sono state svolte dalla Corte nella pronuncia *Runevič-Vardyn* (CGUE, sentenza del 12 maggio 2011, C-391/09, *Runevič-Vardyn*), relativa anch'essa al riconoscimento di un nome da trasciversi con segni diacritici diversi da quelli dello Stato di origine e alla necessità, invocata dal Governo lituano, di tutelare la lingua lituana come espressione dell'identità nazionale. Come nel caso *Sayn-Wittgenstein*, in effetti, la Corte sottolinea come il nome sia un'espressione dell'identità della persona, ma come il rifiuto di trascriverlo nella sua forma polacca possa essere giustificato sulla base dell'esigenza di tutelare l'identità nazionale, e in particolare l'identità linguistica che, oltre ad essere menzionata nell'art. 3, par. 3, TUE, è oggetto di tutela da parte dell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali. Sulla tutela dell'identità linguistica in quanto componente dell'identità nazionale v. anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro del 16 dicembre 2004, C-160/03, *Eurojust*, punti 24 e 35, e le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 4 settembre 2008, C-222/07, *UTECA*, punti 93-96.

²¹ Sul punto v. L.F.M. BESSELINK, *Respecting Constitutional Identity in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 680 s., p. 687, secondo il quale «the “translation” into the European legal frame of a national constitutional norm is a sort of “vetting”. It resembles a judicial version of the dualist system in which each international treaty had to be transformed into national law before it could become effective in the national legal order, but then the other way round: how national law is transformed into a norm of European law».

proporzionalità da parte della Corte comporta la verifica dell'inesistenza di misure meno restrittive per le libertà di circolazione ma ugualmente idonee al conseguimento della finalità in questione, nelle pronunce ora esaminate è solo il parametro della conformità ai diritti fondamentali tutelati dalla Carta ad assumere rilievo²².

4. L'identità costituzionale come limite all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione europea in contrasto con diritti fondamentali garantiti dal *Grundgesetz*

L'identità costituzionale nazionale come limite all'applicazione da parte delle autorità tedesche di disposizioni di diritto dell'Unione europea compare nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* già a partire dalla sentenza *Solange I* del 1974²³. Come è noto, si tratta della prima pronuncia nella quale la Corte tedesca, al pari di quanto aveva fatto la Corte costituzionale italiana nella sentenza *Frontini* del 1973²⁴, enuncia la teoria dei controlli, e dunque afferma la possibilità per la stessa Corte di vagliare la compatibilità con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione tedesca di norme di diritto derivato comunitarie. In particolare, i giudici di Karlsruhe, partendo dal presupposto che l'allora Comunità Economica Europea fosse un ente *sui generis* privo di un Parlamento con poteri legislativi e responsabile dinnanzi a un governo, e soprattutto privo di un proprio catalogo di diritti fondamentali, si arrogano il compito di verificare la compatibilità delle norme di origine sovranazionale con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione tedesca, che costituiscono parte irrinunciabile ed essenziale e base dell'identità della stessa. L'identità costituzionale, limite in grado di neutralizzare la prevalenza del diritto europeo sul diritto interno, include dunque i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

Lo stesso ragionamento è seguito dal *Bundesverfassungsgericht* nella

²² In questo senso v. L. F. M. BESSELINK, *Respecting*, cit., p. 683, il quale nota come nella pronuncia *Sayn-Wittgenstein* non sia nemmeno stato preso in considerazione dalla Corte il fatto che il mancato riconoscimento del cognome nobiliare avrebbe comportato una violazione del legittimo affidamento del soggetto in questione, che aveva fatto uso del nome nobiliare per vari anni. Sull'incidenza dell'esigenza di tutelare l'identità nazionale sul giudizio di proporzionalità operato dalla Corte v. anche A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming*, cit., p. 1441.

²³ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 29 maggio 1974, 2 BvL 52/71, BVerfG. Per una storia della nozione di identità costituzionale nell'ordinamento tedesco v. M. POLZIN, *Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 411 ss.

²⁴ Corte Cost., sentenza del 18 dicembre 1973, n. 183.

sentenza *Solange II*²⁵. Partendo dalle argomentazioni sviluppate nella precedente sentenza, la Corte nota tuttavia come nell'allora Comunità europea si fosse sviluppato negli anni un sistema di tutela dei diritti fondamentali equivalente, quanto a contenuto ed effettività, a quello garantito dal *Grundgesetz*, e dunque come non fosse più necessario un controllo da parte della Corte stessa della compatibilità degli atti comunitari di diritto derivato con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, parte integrante dell'identità costituzionale tedesca. Tale controllo sarebbe riemerso, invece, se il livello di tutela garantito dal diritto dell'Unione europea fosse arretrato e dunque non si riscontrasse più un'equivalenza rispetto alla tutela garantita dall'ordinamento tedesco.

Il problema del rapporto tra ordinamento tedesco e ordinamento dell'Unione europea in relazione alla tutela dei diritti fondamentali riemerge poi, sotto un profilo in parte differente, in una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 2007²⁶, nella quale la Corte opera una distinzione tra le ipotesi in cui le norme di una direttiva abbiano carattere imperativo e non lascino alcun margine di discrezionalità al legislatore nazionale e le ipotesi in cui, al contrario, un margine di discrezionalità sia presente²⁷. Nel primo caso il *Bundesverfassungsgericht* e le Corti tedesche non potrebbero esercitare alcun controllo di compatibilità della normativa di recepimento con i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione tedesca. In tali ipotesi, infatti, il livello di tutela garantito dalla Corte di giustizia potrebbe essere considerato come sostanzialmente simile a quello offerto dal *Grundgesetz* e spetterebbe dunque al giudice dell'Unione vagliarne la compatibilità con la Carta dei diritti fondamentali. Nelle ipotesi invece nelle quali agli Stati sia lasciato un margine di discrezionalità, come nel caso della direttiva in questione, è alla Corte costituzionale che spetterebbe vagliare la compatibilità della normativa di recepimento con i diritti fondamentali garantiti dal *Grundgesetz*.

Una simile ricostruzione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali di matrice sovranazionale e della rispettiva suddivisione di competenze tra Corte costituzionale tedesca e Corte di giustizia, ribadita peraltro in sentenze successive²⁸, mal si concilia con la disposizione dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, secondo la quale la Carta si applica «alle

²⁵ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, BVerG.

²⁶ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 13 marzo 2007, 1 BvF 1/05, BVerG.

²⁷ Sul punto v. P. FRIEDL, *A New European Fundamental Rights Court: The German Constitutional Court on the Right to be Forgotten*, in *European Papers*, 2020, p. 449 ss., che definisce "funzionale" l'approccio adottato dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza in oggetto.

²⁸ Corte costituzionale tedesca, sentenza dell'11 marzo 2008, 1 BvR 256/08, BVerG; Corte costituzionale tedesca, sentenza del 2 marzo 2010, 1 BvR 256/08, BVerG. Nella pronuncia del 24 aprile 2013, poi, il *Bundesverfassungsgericht* ribadisce la propria lettura restrittiva dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Corte costituzionale tedesca, sentenza del 24 aprile 2013, 1 BvR 1215/07, BVerG).

istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»²⁹.

In due recenti sentenze, tuttavia, il Primo Senato della Corte costituzionale tedesca sembra abbracciare una visione del rapporto tra diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione e tutela dell'identità costituzionale dello Stato che mostra segni di convergenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia³⁰.

Si tratta delle due sentenze del 2019 relative al diritto all'oblio, materia oggetto di norme di diritto dell'Unione europea, ma in ordine ad alcuni aspetti della quale permane in capo agli Stati membri un margine di discrezionalità.

Nella prima pronuncia³¹ a venire in considerazione era il cosiddetto *media privilege*, oggi oggetto dell'art. 85 del GDPR, che, nel prevedere la possibilità di deroghe alle disposizioni sul trattamento dei dati personali qualora tale trattamento sia effettuato per scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, lascia agli Stati membri il compito di bilanciare tutela della privacy e libertà di espressione. La Corte, dopo essersi dichiarata competente a vagliare la compatibilità della normativa nazionale di recepimento con il diritto alla personalità tutelato dalla Costituzione tedesca, si sofferma sul parametro di legittimità da utilizzare quando si ponga una questione di tutela dei diritti fondamentali nel contesto del diritto dell'Unione. Tale parametro, nell'ipotesi in cui la norma di diritto dell'Unione in questione lasci un margine di manovra agli Stati membri, è costituito dalle disposizioni sulla tutela dei diritti fondamentali previste dalla Costituzione tedesca, che in linea di principio offrono un livello di tutela equivalente a quello offerto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, tale presunzione può essere confutata qualora sia dimostrato che il livello tutela di uno specifico diritto offerto dalla Carta sia maggiore di quello offerto dall'ordinamento tedesco o che il diritto in questione non sia incluso tra quelli tutelati dalla Costituzione tedesca. In tali ipotesi, la Carta dei diritti fondamentali dovrà essere utilizzata come parametro di legittimità dalla Corte federale e, in caso

²⁹ Alla distinzione sopra citata non si fa peraltro cenno nella sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 2016 (Corte costituzionale tedesca, sentenza del 1° settembre 2016, 2 BvR 770/16, BVerfG) nella quale la Corte, fondandosi sui principi elaborati nel *Lissabon Urteil* del 2009, ritiene di poter vagliare la compatibilità della decisione sul mandato d'arresto europeo con la dignità umana tutelata dall'articolo 1 del *Grundgesetz* indipendentemente dal margine di discrezionalità lasciato allo Stato e da una valutazione dell'equivalenza della tutela accordata a tale diritto dal diritto dell'Unione rispetto a quella accordata dalla Costituzione tedesca.

³⁰ V. P. FRIEDL, *A New European*, cit.; W. MICHL, "In Vielfalt Geeinte Grundrechte", *Verfassungsblog*, 27 novembre 2019.

³¹ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13, BVerfG.

di dubbi sull'interpretazione della Carta, detta Corte dovrà rivolgersi alla Corte di giustizia tramite rinvio pregiudiziale.

Qualora invece la disposizione di diritto dell'Unione in oggetto non lasci agli Stati alcun margine di discrezionalità, come la disposizione sul diritto alla cancellazione dei dati personali (oggi contenuta nell'art. 17 del GDPR) oggetto della seconda pronuncia sul diritto all'oblio³², i diritti fondamentali tutelati dal *Grundgesetz* non verranno in considerazione e la Corte costituzionale tedesca utilizzerà come parametro di legittimità unicamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Ora, una simile ricostruzione dei limiti di invocabilità dell'identità costituzionale sembra convergere con la lettura dell'art. 4, par. 2, TUE operata dalla Corte di giustizia, laddove essa circoscrive la possibilità di invocare il limite dell'identità nazionale alle ipotesi in cui esso sia conforme ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione. La rilevanza delle due pronunce sta in effetti nel fatto che la Corte costituzionale tedesca non solo riconosce per la prima volta la possibilità di fare applicazione essa stessa della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, bensì sembra anche circoscrivere la possibilità di invocare l'identità costituzionale tedesca, della quale i diritti fondamentali tutelati dal *Grundgesetz* fanno parte, alle ipotesi in cui detto limite non sia in contrasto con i diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione. Nonostante, dunque, l'approccio del *Bundesverfassungsgericht* sia stato criticato per il ruolo che la Corte tedesca si attribuisce, le due pronunce sul diritto all'oblio testimoniano un approccio cooperativo del primo Senato della Corte di Karlsruhe che sembra rendere improbabili contrasti di rilievo con la Corte di giustizia³³.

La prospettiva muta, invece, se a venire in considerazione è la violazione non di diritti fondamentali, ma di principi posti alla base della struttura costituzionale dello Stato³⁴. Mentre infatti la convergenza tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale sopra illustrata è per certi versi conaturata all'importanza che le tradizioni costituzionali comuni hanno avuto nello sviluppo dei principi in materia di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo, le pronunce della Corte tedesca che oppongono all'applicazione di norme di diritto dell'Unione europea principi di carattere strutturale dell'ordinamento nazionale mettono in evidenza alcuni nodi

³² Corte costituzionale tedesca, sentenza del 6 novembre 2019, 1 BvR 276/17. BVerG.

³³ Come notano A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming*, cit., p. 1432, anche grazie al fatto che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali si è fondata anche sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, «any conflict will be exceptional because of the far-reaching convergence between the principles of domestic constitutional law enjoying specific protection and the constitutional principles of the EU».

³⁴ Nel senso che la clausola identitaria di cui all'art. 4, par. 2, TUE, non debba includere la tutela dei diritti fondamentali V. G. DI FEDERICO, *Identità nazionale*, cit., p. 7.

problematici del funzionamento dell'Unione europea che, come vedremo, a trattati costanti non sembrano potersi sciogliere.

5. L'identità costituzionale come limite di carattere strutturale nella giurisprudenza del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*

L'affermazione di limiti per così dire strutturali alla prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto interno può essere fatta risalire alla sentenza relativa alla legge di ratifica del Trattato di Maastricht³⁵. In tale pronuncia il principio di democrazia enunciato all'art. 38 del *Grundgesetz* è infatti concepito come uno strumento idoneo non solo ad impedire l'applicazione di singole norme di diritto dell'Unione in contrasto con principi fondamentali della Costituzione tedesca, bensì anche ad intervenire sui meccanismi stessi di funzionamento dell'Unione, consentendo di sindacare il rispetto da parte delle istituzioni europee delle competenze loro attribuite dai Trattati³⁶.

È solo a partire dalla sentenza sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona³⁷, tuttavia, che nel ragionamento ora illustrato compare esplicitamente un riferimento all'identità costituzionale tedesca.

In tale pronuncia, il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*, in particolare, mette in luce come l'art. 38 della Legge Fondamentale, che dispone che i membri del *Bundestag* sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto e sono i rappresentanti di tutto il popolo, non si limiti ad attribuire ai cittadini tedeschi il diritto di eleggere i loro rappresentanti in Parlamento, bensì implichi anche che essi, attraverso l'organo che li rappresenta, influenzino e controllino l'esercizio del potere politico. Tale disposizione, letta congiuntamente all'art. 23 del *Grundgesetz* – la disposizione relativa alle limitazioni di sovranità a favore dell'Unione europea – comporta che siano contrari alla Costituzione tedesca tutti quei trasferimenti di competenze al livello sovranazionale che comportino una limitazione dei poteri fondamentali del *Bundestag* e al contempo sottraggano al controllo da parte dei cittadini l'esercizio di tali poteri, circostanza che si verificherebbe, ad esempio, qualora il *Bundestag* venisse privato dei suoi poteri in materia di bilancio³⁸, ovvero del diritto di decidere sugli oneri fiscali gravanti sui cittadini e sulle spese dello Stato. Si ricadrebbe infatti in queste ipotesi in una violazione dell'art. 20 della Costituzione, che riconduce il potere statale al popolo, uno dei principi che l'art. 79 del *Grundgesetz* considera

³⁵ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, BVerfG.

³⁶ Sul punto v. M. POLZIN, *Constitutional identity*, cit., p. 428.

³⁷ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, BVerfG.

³⁸ Sul punto v. T. VIOLANTE, *Bring Back*, cit, p. 1048 s.

immodificabili tramite revisione costituzionale.

Partendo dal presupposto che i trattati attuali configurino l'Unione come un'organizzazione fondata sulla cooperazione di Stati sovrani, che rimangono i padroni dei Trattati, e che dunque gli elettori tedeschi – attraverso la ratifica da parte dei loro rappresentanti nel *Bundestag* – abbiano accettato le limitazioni di sovranità necessarie unicamente alla creazione di un'organizzazione che non fosse in grado di autodeterminare autonomamente la propria condotta, la Corte considera quindi contrario al principio di democrazia qualsiasi tentativo da parte dell'Unione e delle sue istituzioni di affrancarsi da tale modello. In particolare, la Corte afferma la propria competenza a verificare che sia rispettato il nucleo inviolabile dell'identità costituzionale tedesca³⁹ (*Identitätskontrolle*) e a controllare che le istituzioni dell'Unione non travalichino i limiti delle proprie competenze (*ultra vires Kontrolle*). In caso di violazione di tali principi, la Corte considererebbe gli atti in questione come non applicabili nell'ordinamento tedesco.

Il problema dell'eventuale azione *ultra vires* degli organi dell'Unione emerge anche nella sentenza relativa al programma OMT⁴⁰. Si trattava in questo caso della competenza della BCE ad adottare un programma di acquisto di titoli di debito pubblico degli Stati dell'eurozona, competenza sulla quale la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale dello stesso *Bundesverfassungsgericht*, si era già pronunciata dichiarandone la legittimità ai sensi del diritto dell'Unione. Nel ritenere che, nell'adottare detto programma, così come interpretato dalla Corte di giustizia, la BCE non avesse violato il proprio mandato e dunque non avesse agito *ultra vires*, la Corte tedesca chiarisce in particolare il rapporto tra controllo *ultra vires* e identità costituzionale. Mentre attraverso l'*Identitätskontrolle* la Corte verifica che gli atti dell'Unione non ledano i principi enunciati dagli art. 1 e 20 della Costituzione tedesca, la cui modifica è vietata dall'art. 79, par. 3, del *Grundgesetz*, attraverso il controllo *ultra vires* essa verifica che le istituzioni dell'Unione non abbiano travalicato in modo evidente i confini delle proprie competenze. Dal momento che gli elettori hanno accettato, tramite il *Bundestag*, solo le limitazioni di sovranità e le conseguenti attribuzioni di competenze

³⁹ Nel *Lissabon Urteil* la Corte indica anche le materie che formano il nucleo dell'identità costituzionale. Al punto 249 della sentenza si legge infatti che «essential areas of democratic formative action comprise, *inter alia*, citizenship, the civil and military monopoly of the use of force, revenue and expenditure including external financing and all elements of encroachment that are decisive for the realisation of fundamental rights, above all as regards intensive encroachments on fundamental rights such as the deprivation of liberty in the administration of criminal law or the placement in an institution. These important areas also include cultural issues such as the disposition of language, the shaping of circumstances concerning the family and education, the ordering of the freedom of opinion, of the press and of association and the dealing with the profession of faith or ideology».

⁴⁰ Corte costituzionale tedesca, sentenza del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, BVerG.

previste dai Trattati, un esercizio delle competenze dell'Unione che andasse al di là dei limiti previsti da questi si tradurrebbe in una violazione del principio di democrazia, parte integrante dell'identità costituzionale tedesca. Come è stato notato⁴¹, il controllo *ultra vires*, attraverso il filtro del principio di democrazia, si configura dunque come una sotto-categoria del controllo del rispetto dell'identità costituzionale.

6. La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul programma PSPP e le contraddizioni dell'Unione economica e monetaria

Il fatto che l'identità costituzionale sia stata invocata quale limite di carattere strutturale a partire, anche se non in modo esplicito, dalla sentenza sul Trattato di Maastricht e che tale limite compaia in tutte le sentenze relative ad atti adottati nell'ambito dell'Unione economica e monetaria non è casuale. È infatti a Maastricht che gli Stati membri, con la decisione di creare un'Unione economica e monetaria fondata su una moneta comune, ma su politiche economiche e fiscali gestite ancora a livello nazionale e semplicemente coordinate a livello europeo (art. 119 TFUE), hanno dato vita a una contraddizione di fondo che negli anni si è manifestata con sempre maggiore forza⁴².

Questa contraddizione è strettamente legata ai rilievi che i giudici tedeschi muovono alla BCE e alla Corte di giustizia nella pronuncia sul *Public Sector Purchase Programme*, anch'essa relativa, come accennato, a un programma di acquisto di titoli di debito pubblico degli Stati già oggetto di una sentenza della Corte di giustizia che ne sanciva il carattere proporzionato e legittimo.

Il ragionamento dei giudici costituzionali in tale pronuncia si fonda in particolare su una presunta violazione da parte della BCE e della Corte di giustizia del principio di proporzionalità, cioè del principio, sancito all'art. 5 TUE, secondo il quale il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati.

⁴¹C. CALLIESS, *Constitutional Identity in Germany. One for Three or Three in One?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (eds), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020, p. 169.

⁴²Sul punto v. P. DE SENA, S. D'ACUNTO, "La Corte di Karlsruhe", cit.; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE*, cit. Nel senso che le sentenze della Corte tedesca (in particolare la sentenza sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona) costituiscano il sintomo di un problema e non il problema stesso v. F.C. MAYER, *Rashomon in Karlsruhe: A reflection on democracy and identity in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 757 ss., p. 785.

Come accennato, la Corte di giustizia, nella sentenza *Weiss*⁴³, si era pronunciata, proprio in seguito a rinvio pregiudiziale del *Bundesverfassungsgericht*, sul programma in questione, ritenendo che la BCE avesse rispettato l'obbligo di motivazione, che non avesse sconfinato nel settore della politica economica, che la sua azione fosse proporzionata e che non vi fosse stata violazione del divieto di acquisto di titoli di debito pubblico sancito dall'art. 123 TFUE. Per quanto riguarda, in particolare, la delimitazione del confine tra politica economica e politica monetaria, la Corte, riprendendo quanto affermato nella sua giurisprudenza precedente, sottolineava che la circostanza che misure di politica monetaria possano produrre effetti indiretti, prevedibili e scientemente accettati al momento dell'adozione, nel quadro della politica economica non incidesse sulla loro qualificazione quali strumenti di politica monetaria. E che se così non fosse, si precluderebbe in concreto alla BCE di utilizzare gli strumenti a sua disposizione per realizzare gli obiettivi di politica monetaria previsti dai Trattati.

Quanto, poi, alla proporzionalità delle misure in questione, secondo la Corte di giustizia, da un lato il rischio di un ciclo di deflazione e l'impossibilità del SEBC di contrastare tale rischio con altri strumenti, dall'altro la mancanza di selettività del programma, il suo carattere temporaneo e le regole fissate per limitare il volume dei titoli acquistabili ne garantivano il carattere proporzionato.

Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, invece, con l'adozione del *PSPP* la BCE sarebbe andata al di là di quanto necessario per assicurare l'obiettivo di politica monetaria di mantenere la stabilità dei prezzi, e così facendo, avrebbe sconfinato nel settore della politica economica, di competenza degli Stati membri⁴⁴. La Corte di giustizia avrebbe poi, a sua volta, violato il principio di proporzionalità argomentando in modo incompleto e poco analitico in merito agli strumenti utilizzati dalla BCE e alla loro proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti, in tal modo offuscando la distinzione tra politica monetaria e politica economica e dunque incidendo sulla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri. Essendo gli atti di entrambe le istituzioni qualificabili per quanto sopra detto come atti *ultra vires*, essi non produrrebbero effetti nell'ordinamento tedesco.

Va detto che il *Bundesverfassungsgericht* circonda la sua affermazione di molte cautele, sottolineando come ipotesi di questo genere si debbano verificare solo in casi eccezionali, dal momento che se gli Stati membri, attraverso i loro organi giurisdizionali, si arrogassero il potere di non applicare atti delle istituzioni che ritengono illegittimi, l'applicazione uniforme del

⁴³ CGUE, sentenza dell'11 dicembre 2018, C-493/17, *Weiss*.

⁴⁴ Secondo J. ZILLER, *L'insoutenable*, cit., la novità della sentenza consiste nella pretesa della Corte di Karlsruhe di sindacare i metodi interpretativi utilizzati dalla Corte di giustizia.

diritto dell'Unione sarebbe minata alle sue fondamenta e il principio della prevalenza sul diritto interno vanificato. Alla Corte di giustizia non viene contestato tuttavia il fatto di aver affermato un principio sostanziale contrastante con i principi fondamentali di un ordinamento, quanto di aver travalicato i confini del proprio mandato limitandosi a un controllo sull'operato della BCE ritenuto dal *Bundesverfassungsgericht* non soddisfacente.

Tale affermazione è fondata, come sottolineato da molti⁴⁵, su una lettura non corretta del principio di proporzionalità. Mentre infatti tale principio riguarda, secondo quanto dispone l'art. 5 TUE, le modalità di esercizio di una competenza già attribuita all'Unione, il *Bundesverfassungsgericht* lo interpreta come principio relativo alla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri.

Secondo la Corte di Karlsruhe, in particolare, da un lato la BCE non avrebbe operato un bilanciamento tra gli effetti di politica economica del PSPP e il suo contributo al raggiungimento di obiettivi di politica monetaria, dall'altro la Corte di giustizia avrebbe omesso di controllare la comprensibilità delle argomentazioni della BCE e di valutarne la validità alla luce di elementi differenti da quelli posti in evidenza dalla BCE. In questo modo si sarebbe secondo i giudici tedeschi consentito alla BCE, e dunque all'Unione, di adottare misure nel settore della politica economica e fiscale, di competenza degli Stati membri, in violazione dell'art. 5 TUE.

In altre parole, la mancata reale verifica della proporzionalità degli strumenti utilizzati dalla BCE rispetto ai fini di politica monetaria da essa perseguiti si sarebbe tradotto in una violazione del principio di attribuzione, e dunque del principio di democrazia sancito dall'art. 38 del *Grundgesetz*.

Ora, tale sovrapposizione tra principio di proporzionalità e principio di attribuzione è in qualche misura connessa al carattere atipico dell'Unione economica e monetaria così come oggi configurata. Il fatto che una distinzione tra politica monetaria e politica economica non sia sempre agevole non costituisce in effetti un particolare problema quando le due competenze, come in uno Stato, sono esercitate al medesimo livello di governo. Quando invece, come accade nell'Unione europea, esse sono attribuite a due livelli differenti – la politica monetaria all'Unione e le politiche economiche agli Stati membri – i problemi di delimitazione dei due settori si ripercuotono inevitabilmente sulla ripartizione di competenze tra Stati membri e Unione europea e dunque sul principio di attribuzione⁴⁶.

Ma soprattutto, la possibilità che l'azione della BCE assottigli il confine

⁴⁵ Per una critica all'applicazione di tale principio da parte del *Bunderverfassungsgericht* v. F. MARTUCCI, *La BCE*, cit.; P. MEIER-BECK, *Ultra vires?*, cit.; J. ZILLER, *L'insoutenable*, cit., p. 155 s.

⁴⁶ Secondo E. PERILLO, *De Karlsruhe*, cit., p. 137 ss., per quanto riguarda gli Stati dell'eurozona la politica economica rientrerebbe ormai tra i settori di competenza concorrente.

tra politica monetaria e politica economica e fiscale è insita nei caratteri attuali dell'Unione economica e monetaria⁴⁷, che hanno di fatto portato la BCE ad estendere la propria missione dalla garanzia del mantenimento della stabilità dei prezzi al salvataggio della moneta unica. La decisione di trasferire al livello sovranazionale solo la politica monetaria lasciando nelle mani degli Stati membri la gestione della politica economica e fiscale, solo coordinate a livello europeo, ha in effetti portato a un aumento delle disparità tra Stati membri che, se spinte oltre a un certo limite, divengono incompatibili con l'esistenza di una moneta unica⁴⁸. In assenza di una politica economica e fiscale europea, e dunque di un bilancio di dimensioni adeguate e non dipendente dagli Stati membri, in grado di intervenire con strumenti di solidarietà per sanare gli squilibri tra gli Stati, è stata la BCE a doversi fare carico del salvataggio della moneta, attraverso i programmi di acquisti di titoli annunciati negli ultimi anni. Si tratta di misure che inevitabilmente producono anche effetti redistributivi⁴⁹, perché in qualche misura sono costrette a sostituirsi a un potere politico europeo che non esiste, ma che tuttavia hanno svolto e stanno svolgendo anche in occasione dell'attuale crisi sanitaria un ruolo indispensabile.

La sentenza *PSPP* sembra dunque porre la BCE di fronte a un dilemma insolubile: costretta dagli Stati, che di fatto, con la loro inerzia, le hanno delegato tale ruolo, ad assumere funzioni che sarebbero proprie di organi legittimati democraticamente (l'assunzione di decisioni di carattere fiscale), essa si vede rinfacciare dalla Corte costituzionale di uno di essi il fatto di non avere legittimazione democratica e dunque di non poter assumere un ruolo che non le spetta⁵⁰.

7. Le conseguenze della sentenza sugli sviluppi del processo di integrazione europea

Il contrasto tra Corte costituzionale tedesca e Corte di giustizia nel caso *Weiss* si è risolto, come è noto, in una richiesta da parte del *Bundestag* alla BCE di esplicitare le motivazioni della propria decisione e in una mozione

⁴⁷ V. DE SENA, D'ACUNTO, "La Corte di Karlsruhe", cit.

⁴⁸ In questo senso v. M. DANI, J. MENDES, A. J. MENENDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of the Law*, cit.

⁴⁹ In questo senso v. DE SENA, D'ACUNTO, "La Corte di Karlsruhe", cit.; P. DOURADO, M. POIARES MADURO, *A Plead*, cit., p. 695; H.-H. KOTZ, "Did Germany's Constitutional Court Inadvertently Strengthen the Eurozone?", *Project Syndicate*, 11 maggio 2020.

⁵⁰ Sul punto v. J. PISANI-FERRY, "The message in the ruling. The German Constitutional Court's ruling on the ECB's asset purchase programme is open to much criticism but it can hardly be blamed for raising an important question", *Bruegel*, 12 maggio 2020.

nella quale il *Bundestag* si dichiarava soddisfatto delle spiegazioni ottenute⁵¹. Lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ha poi, nell'aprile 2021, respinto un ricorso volto a far dichiarare l'azione del *Bundestag* e del governo tedesco insufficiente ad ottenere dalla BCE una spiegazione esaustiva del proprio operato⁵² e dunque a dare esecuzione all'obbligo discendente dalla sentenza nel caso *Weiss*.

Sul versante europeo, tuttavia, la Commissione, come minacciato, ha avviato una procedura di infrazione nei confronti della Germania⁵³ che, se porterà a un rinvio alla Corte di giustizia, riaprirà il confronto.

Si tratta di un'eventualità, quest'ultima, che rischia di prodursi anche in ordine alle misure adottate dalle istituzioni dell'Unione per far fronte alle conseguenze economiche della crisi sanitaria. Anche in questo caso, infatti, la BCE è stata la prima istituzione in grado di adottare in tempi brevi le misure necessarie per evitare un collasso dell'eurozona, varando un piano di acquisto di titoli, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), con la possibilità di concentrare detti acquisti su Stati in particolari condizioni di difficoltà. Nonostante il *Bundesverfassungsgericht* abbia chiarito che la pronuncia nel caso *Weiss* non riguarda dette misure⁵⁴, il rischio che esse implicino effetti redistributivi giudicati come eccessivi e che dunque si traducano in misure di politica economica potrà essere scongiurato solo se saranno affiancate da uno strumento in grado di intervenire con ingenti risorse con le quali garantire l'emissione di titoli di debito europei in grado di sostenere l'economia, soprattutto degli Stati con maggiore difficoltà a finanziarsi sul mercato. È questo il ruolo del Dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza⁵⁵, pilastro principale del *Next Generation EU*⁵⁶, che attribuisce alla Commissione il compito di contrarre prestiti sui mercati dei capitali per conto dell'Unione. Pur trattandosi di una misura per il momento di carattere temporaneo, tale strumento pone il problema di un aumento del bilancio dell'Unione e, in particolare, della previsione di nuove risorse proprie che

⁵¹ Beratung des Antrags der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN «Urteil des Bundesverfassungsgericht zum Anleihekaufprogramm PSPP der Europäische Zentralbank», Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 170. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 2. Juli 2020, Plenarprotokoll 19/170, www.dserver.bundestag.de.

⁵² Corte costituzionale tedesca, decisione del 29 aprile 2021, 2BvR 1651/15, BVerfG. V. www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵³ INFR(2021)2114, 9 giugno 2021.

⁵⁴ ECB decisions on the Public Sector Purchase Programme exceed EU competences, Press Release No. 32/2020, 5 maggio 2020.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza.

⁵⁶ Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno della ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19.

siano in grado di garantire il rimborso dei prestiti in questione e un certo grado di autonomia dell'Unione dagli Stati membri.

Si tratta di una questione che è in parte affrontata dall'Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria nonché su nuove risorse proprie⁵⁷. Nell'Allegato II all'Accordo si legge infatti che le istituzioni lavoreranno all'introduzione di nuove risorse proprie che dovrebbero sostenere l'adeguato finanziamento della spesa dell'Unione, riducendo nel contempo la quota dei contributi nazionali basati sull'RNL. L'Accordo interistituzionale sembra dare per scontato che l'introduzione di nuove risorse proprie possa avvenire sulla base del meccanismo attualmente previsto dai Trattati, cioè con l'accordo unanime degli Stati (sia in sede di Consiglio sia a livello nazionale) e con una semplice consultazione del Parlamento europeo (art. 311 TFUE)⁵⁸, ed è questa la procedura che è stata seguita per l'introduzione delle prime nuove risorse con la decisione 2020/2053⁵⁹. È indubbio, tuttavia, che la possibilità di aumentare in modo consistente il bilancio dell'Unione è subordinata al superamento di questo meccanismo e che la possibilità per l'Unione di fare debito (anche se per il momento prevista solo in via temporanea) rende ancora più urgente la necessità che essa si finanzi in modo autonomo dagli Stati.

È proprio su questa questione che emerge il legame tra fiscalità e democrazia messo in luce dalla Corte costituzionale tedesca⁶⁰. Secondo i giudici costituzionali tedeschi, in effetti, il potere di decidere sugli oneri fiscali che incombono sui cittadini e sulle spese dello Stato costituisce una delle prerogative essenziali del *Bundestag*. L'attribuzione parziale di tale potere anche al livello sovranazionale potrà dunque essere compatibile con il principio di democrazia solo se assicurerà un pieno controllo dell'esercizio di tale potere all'organo che a tale livello rappresenta i cittadini, il Parlamento europeo.

La possibilità di affrancare l'azione delle istituzioni dai paletti posti dal *Bundesverfassungsgericht* e di dar vita a forme di condivisione del rischio realmente europee dipende dunque dal fatto che parte del «potere decisionale in materia tributaria e di bilancio sia trasferito a istituzioni europee realmente democratiche»⁶¹.

⁵⁷ Accordo interistituzionale del 16 dicembre 2020 tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea sulla disciplina di bilancio, sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia per l'introduzione di nuove risorse proprie.

⁵⁸ Sul punto v. P. DOURADO, M. POIARES MADURO, *A Plead*, cit., p. 695 s.

⁵⁹ Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE Euratom.

⁶⁰ M. POIARES MADURO, "Some Preliminary Remarks", cit.

⁶¹ VANISTANDELAEL E ALTRI, "European Solidarity Requires EU Taxes", *EU Law Live*, 21 aprile 2020. In questo senso v. anche M. AVBELJ, "The Right Question about the FCC Ultra Vires

Se la sentenza della Corte costituzionale tedesca porterà finalmente alla consapevolezza dell'esigenza di completare l'Unione economica e monetaria e ad adottare soluzioni di rottura rispetto agli equilibri esistenti, lo *shock* da essa provocato sarà stato dunque positivo⁶². Questa è d'altronde la via che tra le righe della sentenza *Weiss* sembra suggerire il *Bundesverfassungsgericht*, quando mette in luce la possibilità di legittimare *ex post* atti *ultra vires* delle istituzioni europee attraverso una revisione dei trattati *ex art. 48 TUE*.

Se, al contrario, la via perseguita sarà quella di mantenere in vita i meccanismi attuali e di non affrontare le contraddizioni del processo di integrazione, il rischio è che la contrapposizione tra corti nazionali e corte europea si riproponga in termini ancora più aspri. In effetti, nel marzo 2021 è stato presentato alla Corte costituzionale tedesca un ricorso volto a bloccare la ratifica della decisione sulle risorse proprie – necessaria per l'entrata in vigore di *Next Generation EU* – da parte della Germania. Nonostante il *Bundesverfassungsgericht* si sia pronunciato in via di urgenza respingendo il blocco della ratifica della decisione⁶³ (ormai entrata in vigore, dopo l'approvazione da parte di tutti gli Stati membri), la pronuncia sul merito del ricorso è rimandata a un momento successivo, e la Corte ha già anticipato di ritenere non del tutto infondate le censure dei ricorrenti sulla base di argomentazioni molto simili a quelle utilizzate nelle pronunce sopra esaminate.

Il rischio che lo scontro tra Corti si riaccenda non è dunque scongiurato.

Decision", *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020; P. DOURADO, M. POIARES MADURO, *A Plead*, cit., secondo i quali «fiscal autonomy by the EU, approved by the Parliament and the Council, will comply with democratic legitimacy and guarantee that the EU interests as a whole, as interpreted by its instances, is pursued».

⁶² In questo senso v. M. DANI, J. MENDES, A. J. MENENDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of the Law*, cit.

⁶³ Corte costituzionale tedesca, decisione del 15 aprile 2021, 2BvR 547/21, BVerfG.

SEZIONE VII

**Stato di diritto, equilibrio istituzionale e tutela dei
diritti fondamentali nell'Unione europea**

La disciplina dell'inviolabilità dei membri del Parlamento europeo alla luce della democrazia rappresentativa

RICCARDO CENTENARI*

SOMMARIO: 1. Le questioni pregiudiziali: l'acquisizione dello *status* di parlamentare europeo e l'ambito di applicazione *ratione temporis* della inviolabilità parlamentare. – 2. Cenni al procedimento principale: il processo penale a carico di Oriol Junqueras Vies. – 3. L'acquisizione dello *status* di parlamentare europeo: la proclamazione dei risultati elettorali. – 4. L'ambito di applicazione temporale: l'applicazione dell'immunità prima dell'avvio del mandato parlamentare. – 5. L'incidenza dell'inviolabilità sullo stato detentivo parlamentare. – 6. La prosecuzione della vicenda Junqueras: la pronuncia del *Tribunal Supremo* alla luce del principio di leale collaborazione.

ABSTRACT: L'articolo affronta il tema dell'inviolabilità dei membri del Parlamento europeo che si è posto all'attenzione della Corte di giustizia nella pronuncia C-502/2019 relativa al caso dell'allora vicepresidente del Governo autonomo della Catalogna, Oriol Junqueras Vies. In particolare, l'articolo tratta della modalità di acquisizione dello *status* di parlamentare europeo, quale presupposto del godimento della relativa inviolabilità. La Corte, inoltre, è stata chiamata a pronunciarsi sull'estensione temporale di tale inviolabilità e sulla incidenza della stessa sul preesistente stato detentivo del parlamentare. L'analisi della pronuncia evidenzia che gli Stati membri non dispongono di autonomia valutativa nell'introdurre condizioni a cui subordinare l'acquisizione dello status di parlamentare: il principio della democrazia rappresentativa, di cui il Parlamento europeo è espressione, impone che detto *status* dipenda dalla sola proclamazione dei risultati elettorali. Diversamente, si sottoporrebbe la volontà democratica ad una sorta di "convalida" rimessa alla discrezionalità degli Stati membri. Per quanto attiene invece all'estensione *ratione temporis* dell'inviolabilità, la Corte ha evidenziato che la *ratio* di tutela del parlamentare sottesa a tale beneficio conduce a ritenere che esso sia applicabile anche prima del formale avvio del mandato parlamentare, il quale interviene con la seduta del Parlamento immediatamente successiva alla proclamazione dei risultati elettorali. Infine, la Corte precisa che l'immunità impedisce la prosecuzione del pregresso stato detentivo del parlamentare, potendo lo Stato membro solo richiedere (e non esigere) la revoca dell'immunità medesima al Parlamento europeo.

PAROLE CHIAVE: Immunità parlamentare – *status* di membro del Parlamento europeo – proclamazione dei risultati elettorali – principio della democrazia rappresentativa – detenzione – avvio del mandato parlamentare.

* Cultore della materia di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bologna, riccardo.centenari@studio.unibo.it.

1. Le questioni pregiudiziali: l'acquisizione dello *status* di parlamentare europeo e l'ambito di applicazione *ratione temporis* della inviolabilità parlamentare

Ai sensi degli art. 8 e 9 del Protocollo (n. 7) sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea, i membri del Parlamento europeo beneficiano di un'immunità che si declina nelle due forme di tutela generalmente riconosciute dagli Stati membri ai propri parlamentari nazionali, vale a dire l'«insindacabilità» delle opinioni e dei voti espressi nell'esercizio delle proprie funzioni e l'«inviolabilità» dinanzi ai procedimenti giudiziari¹. Ed è su questo secondo profilo che la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata chiamata a pronunciarsi nell'ambito della propria competenza pregiudiziale con la sentenza del 19 dicembre 2019, C-502/19.

In particolare, alla Corte si è posta la questione di stabilire, da un lato, se l'inviolabilità possa operare anteriormente all'inizio del mandato parlamentare, dall'altro, se essa comporti il diritto per il deputato sottoposto a misura privativa della libertà personale di ottenere un permesso che gli consenta di prendere parte alle riunioni del Parlamento europeo. Senonché, oltre a tali questioni, che attengono alla delimitazione temporale e agli effetti sostanziali dell'inviolabilità, alla Corte si è posto ancor prima il problema della modalità di acquisizione dello *status* di parlamentare europeo, il quale costituisce il presupposto per il godimento di tale immunità. In particolare, la Corte è stata chiamata a stabilire se tale qualifica venga acquisita per effetto dalla sola proclamazione dei risultati elettorali, ovvero se gli Stati membri possano prevedere ulteriori condizioni.

2. Cenni al procedimento principale: il processo penale a carico di Oriol Junqueras Vies

Le questioni traggono origine dal procedimento penale promosso a carico dell'allora vicepresidente del Governo autonomo della Catalogna, Oriol Junqueras Vies, per i reati di ribellione, disobbedienza e malversazione che questi avrebbe commesso nell'ambito del processo di secessione della Catalogna concretizzatosi nel referendum sull'autodeterminazione del 1° ottobre 2017. Al riguardo, occorre brevemente ricordare che, sottoposto a custodia cautelare in carcere, Junqueras è stato proclamato eletto al Parlamento

¹ CGUE, sentenza del 21 ottobre 2008, cause riunite C-200/07 e C-201/07, *Marra c. De Gregorio e Clemente*, par. 24.

europeo dalla commissione elettorale centrale spagnola all'esito delle elezioni del 26 maggio 2019, quand'ancora si stava svolgendo il giudizio a suo carico.

In tale contesto, la questione pregiudiziale è stata sollevata dal *Tribunal Supremo* (Corte di cassazione spagnola), il quale era chiamato a decidere sul ricorso esperito avverso l'ordinanza di diniego di un permesso straordinario di uscita dal carcere richiesto da Junqueras allo scopo di adempiere l'onere previsto dalla normativa nazionale per la regolare attribuzione del seggio presso il Parlamento europeo. Infatti, a norma dell'art. 224, par. 2, della legge elettorale spagnola, l'attribuzione del seggio ai deputati europei è subordinata al giuramento di osservanza della Costituzione spagnola, che deve essere prestato dal neoeletto innanzi alla commissione elettorale centrale, pena la dichiarazione dello stato di vacanza del seggio medesimo.

Va poi segnalato che Junqueras ha fatto valere la propria immunità parlamentare anche al di fuori della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, agendo direttamente dinanzi alle giurisdizioni europee. In particolare, tra novembre 2019 e febbraio 2020 sono stati introdotti innanzi al Tribunale tre ricorsi di annullamento², al momento ancora pendenti, avverso le decisioni con cui la Presidenza del Parlamento europeo ha constatato lo stato di vacanza del seggio e ha rigettato le diverse richieste di intervento urgente per garantire l'immunità del neoeletto formulate a norma dell'art. 8 del regolamento interno del Parlamento.

3. L'acquisizione dello *status* di parlamentare europeo: la proclamazione dei risultati elettorali

Per quanto attiene invece al merito della questione pregiudiziale qui in esame, la Corte prende le mosse dal problema preliminare della individuazione della modalità di acquisizione dello *status* di membro del Parlamento europeo.

A tal proposito, la Commissione e il Parlamento europeo sostengono che, già all'epoca del deferimento della questione pregiudiziale, Junqueras fosse privo dello *status* di deputato, venendo così meno in radice la questione della relativa immunità³. È da notare che il Parlamento europeo non si schiera dunque a favore del neoeletto e, di riflesso, della propria

² Ricorsi del 4 novembre 2019m T-734/19; 17 gennaio 2020, T-24/20; 20 febbraio 2020, T-100/20.

³ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar del 12 novembre 2019, C-502/2019, par. 40-41.

autonomia istituzionale; tale approccio, come si è visto, è confermato in occasione delle decisioni con cui l'istituzione non ha dato corso alle richieste di tutela dell'immunità, limitandosi piuttosto a rilevare la vacanza del seggio.

In particolare, secondo la tesi della Commissione e del Parlamento, l'onere di prestare giuramento di osservanza della Costituzione di cui all'art. 224, par. 2, della legge elettorale spagnola costituirebbe per la Spagna una fase della procedura elettorale, la quale, come è noto, è retta dal diritto nazionale degli Stati membri in forza dell'atto elettorale del 20 settembre 1976. Di conseguenza, lo *status* di membro del Parlamento europeo conseguirebbe solo all'adempimento di tale onere⁴.

A una diversa soluzione giunge però la Corte di giustizia secondo la quale è dallo stesso principio della «democrazia rappresentativa» a fondamento del «funzionamento dell'Unione» che discende che lo *status* di parlamentare venga acquisito per effetto della sola «proclamazione dei risultati elettorali»⁵. Ne consegue che gli oneri di varia natura che, in virtù di una norma di diritto nazionale, i neoeletti possono essere chiamati ad adempiere ai fini della regolare assunzione delle loro funzioni devono ritenersi meramente formali, non potendo condizionare l'attribuzione dello *status* di parlamentare.

Del resto, come afferma l'Avvocato generale, giungere alla soluzione opposta significherebbe assoggettare il voto dei cittadini ad una sorta di «convalida» o «conferma» del tutto incompatibile con l'essenza stessa del «mandato rappresentativo» e del «suffragio universale diretto» che informano il principio della democrazia rappresentativa⁶.

Vale infatti la pena ricordare che, a norma dell'art. 10 TUE, l'Unione europea trova una duplice legittimazione sotto il profilo del principio della democrazia rappresentativa. Essa trova fondamento «immediato» nel Parlamento europeo, dove i cittadini degli Stati membri sono direttamente rappresentati, e fondamento «mediato» nel Consiglio europeo e nel Consiglio, i cui membri sono responsabili dinanzi ai rispettivi parlamenti nazionali⁷.

⁴ Tale tesi trova sostegno nel ruolo meramente passivo che giurisprudenza e dottrina hanno riconosciuto al Parlamento nella fase della procedura elettorale: esso non può che dare atto della vacanza del seggio accertata dalle autorità dello Stato membro sulla base della normativa nazionale. Sul tale ruolo del Parlamento, si veda RIGANO, *La verifica dei poteri degli eletti al Parlamento europeo: il caso del signor Le Pen*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2003, pp. 1339 ss. e VIGEVANI, *La verifica dei poteri nel caso Le Pen*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, n. 2, p. 427 ss.

⁵ CGUE, sentenza del 19 dicembre 2019, C-502/19, *Oriol Junqueras Vies*, par. 70-71.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 46.

⁷ M. E. BARTOLONI, *Il principio democratico rappresentativo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Il deficit democratico dell'UE è una premessa necessaria?*, in *AISDUE*, 6 settembre

Ne consegue che sono proprio il «mandato rappresentativo» e l'elezione a «suffragio universale diretto, libero e segreto» dei membri del Parlamento europeo (art. 14, par. 3, TUE), che costituiscono l'essenza del principio della democrazia rappresentativa in seno all'Unione.

Si è in presenza, dunque, di una questione di «*constitutional significance*», atteso che, come rilevato in dottrina, le ragioni a fondamento dell'interpretazione promossa dalla Corte attingono ai valori fondamentali dell'Unione, evocando in definitiva il valore della democrazia di cui all'art. 2 TUE⁸.

Più in particolare, nell'affermare una tale interpretazione, per così dire, «costituzionalmente orientata», la Corte precisa che gli Stati membri non possono introdurre condizioni ulteriori per l'acquisizione dello *status* di parlamentare, ferme restando la loro competenza in ordine alla procedura elettorale e la conseguente impossibilità per il Parlamento europeo di contestare la proclamazione dei risultati della stessa⁹.

Ed anzi, ad avviso della Corte, è proprio dalla disposizione secondo cui il Parlamento europeo deve contentarsi di «prendere atto» dei risultati elettorali, che può dedursi, alla luce del principio della democrazia rappresentativa (di cui la stessa disposizione è attuativa), che l'acquisizione dello *status* di parlamentare è subordinata alla sola proclamazione dei risultati medesimi¹⁰.

4. L'ambito di applicazione temporale: l'applicazione dell'immunità prima dell'avvio del mandato parlamentare

Definiti il tempo e la modalità di acquisizione dello *status* di membro del Parlamento europeo, occorre dar conto dell'inviolabilità parlamentare che a tale qualifica è correlata. La Corte ricorda che l'art. 9, co. 1, del Protocollo n. 7 circoscrive l'ambito di applicazione di tale immunità alla durata delle

2019, par. 2; F. DONATI, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014, 3, p. 3-4.

⁸ P. V. ELSUWEGE, «A Matter of Representative Democracy in the European Union», *Verfassungsblog*, 25 dicembre 2019, par. 2.

⁹ CGUE, *Oriol Junqueras Vies*, cit., par. 69.

¹⁰ CGUE, *Oriol Junqueras Vies*, cit., par. 70. In dottrina vi è chi evidenzia che la definizione già a livello europeo della modalità di acquisizione dello *status* di parlamentare segna una progressione verso una legislazione elettorale uniforme (A. DI CHIARA, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea riconosce l'immunità degli eurodeputati indipendentisti catalani: un altro passo verso una legislazione elettorale uniforme?*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2020, p. 869).

sessioni del Parlamento europeo, laddove, ai sensi dell'art. 9, co. 2, l'inviolabilità si estende al tempo del tragitto necessario per recarsi al luogo della riunione o farvi ritorno.

Per quanto attiene all'art. 9, co. 1, la Corte ricorda, anzitutto, l'ampia portata di detta disposizione, posto che il Parlamento deve intendersi in «sessione» anche per il tempo in cui non è effettivamente riunito (c.d. «sessione permanente»).

Al riguardo, si ricordi infatti che a norma dell'art. 229 TFUE il Parlamento tiene delle sessioni dette «annuali». Secondo la giurisprudenza della Corte, in difetto di una disposizione dei Trattati che precisi puntualmente l'esatta durata di dette sessioni, la determinazione della stessa ricade nel potere discrezionale di autorganizzazione del Parlamento europeo¹¹. In tale spazio di autonomia, si è consolidata una prassi risalente del Parlamento per la quale la sessione assume effettivamente la durata di un intero anno, con la conseguenza che la chiusura della sessione avviene in un momento immediatamente anteriore all'apertura di quella successiva. Tale prassi comporta una sorta di *continuum* tra le sessioni del Parlamento, le quali si susseguono durante tutta la legislatura sostanzialmente senza iati.

Ne consegue che l'approdo da parte della Corte alla nozione di sessione «permanente», unitamente alla descritta prassi in tema di sessioni, comporta che l'immunità di cui all'art. 9, co. 1, si estenda sostanzialmente senza interruzioni non solo per la durata della sessione annuale, ma più in generale per l'intera durata della legislatura.

Sicché resta da interrogarsi sullo spazio residuo che può riconoscersi all'operatività dell'art. 9, co. 2, del Protocollo n. 7. Se infatti l'immunità di cui all'art. 9, co. 1, è già idonea a coprire in sostanza l'intera durata della legislatura, è chiaro che anche i tragitti dei membri del Parlamento ricadranno sotto la copertura dell'art. 9, co. 1, senza che occorra invocare l'operatività dell'art. 9, co. 2.

Ed è infatti anche sulla scorta di un tale ragionamento che, come riporta l'Avvocato generale, la Commissione europea sostiene una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 9, co. 2. Tale disposizione risulterebbe, ad avviso dell'istituzione, priva di ogni autonoma rilevanza, posto che, da un lato, nessuno spazio di operatività può residuare durante il periodo della legislatura, stante la copertura estensiva già fornita dell'art. 9, co. 1, dall'altro, l'art. 9, co. 2, non potrebbe neppure trovare applicazione al di fuori dell'arco temporale della legislatura medesima, la quale costituirebbe una sorta di limite intrinseco all'ambito di operatività dell'immunità parlamentare. In

¹¹ CGUE, sentenza del 10 luglio 1986, C-149/85, *Wybot*, par. 16-17.

definitiva, si tratterebbe di una sorta di fossile giuridico, cui poteva riconoscersi un qualche effetto autonomo solo quando il Parlamento «non era permanentemente in sessione» e dunque vi era ancora lo spazio giuridico per l'art. 9, co. 2, di operare tra una riunione e l'altra nel corso della legislatura¹².

Quanto al primo argomento sollevato dalla Commissione, la Corte aveva già avuto modo di precisare in precedenti pronunce¹³ che, durante l'arco temporale della legislatura, l'art. 9, co. 2, non può dirsi privo di autonoma rilevanza, atteso che, come si è detto, la durata della sessione è rimessa alla discrezionalità del Parlamento, il quale, pertanto, può sempre decidere di non far coincidere la chiusura della sessione in corso con l'apertura di quella successiva. In tal caso si verrebbe a costituire tra le sessioni uno iato, nel quale potrebbe insinuarsi l'art. 9, co. 2.

Resta peraltro da chiedersi se, al di fuori della (remota) possibilità di un cambio della prassi parlamentare, possano sussistere ulteriori profili di autonomia dell'art. 9, co. 2.

Si giunge così al secondo argomento sollevato dalla Commissione, il quale viene anch'esso rigettato, dal momento che la Corte ammette che l'art. 9, co. 2, possa operare anche al di fuori dell'arco temporale della legislatura. Infatti, l'immunità di tragitto di cui all'art. 9, co. 2, deve chiaramente ricomprendere lo spostamento che è volto a condurre l'ormai membro del Parlamento europeo alla prima riunione, costitutiva della nuova legislatura. Ne consegue che, nel caso di specie, a Junqueras deve riconoscersi la possibilità di avvalersi dell'immunità parlamentare *ex art. 9, co. 2*, nonostante la nuova legislatura non sia ancora iniziata.

Come rileva l'Avvocato generale, non vi è nulla di singolare nel riconoscere l'operatività dell'art. 9, co. 2, anche prima dell'inizio della legislatura e, quindi, del mandato parlamentare¹⁴. Ciò, anzi, è pienamente rispondente alla logica sottesa alla disposizione in esame, la quale è volta a garantire il buon funzionamento e l'indipendenza del Parlamento europeo, il principio della democrazia rappresentativa, nonché l'effettività del diritto di elettorato passivo¹⁵. Infatti, assicurando che i parlamentari possano recarsi senza ostacoli alla prima riunione del Parlamento europeo, l'art. 9, co. 2, garantisce la regolare costituzione della nuova legislatura e il compimento degli adempimenti necessari per l'insediamento dei parlamentari nel proprio seggio e per il regolare inizio del loro mandato.

¹² Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 91.

¹³ CGUE, *Wybot*, cit., par. 25.

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 80.

¹⁵ Sul punto N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Roma, 2019, p. 32.

Occorre forse aggiungere che, salva una (improbabile) modifica della descritta prassi del Parlamento, l'interpretazione estensiva della nozione di «sessione» ex art. 9, co. 1, comporta che, in realtà, l'art. 9, co. 2, possa conservare un qualche profilo di autonomia «solo» se si ammette la sua operatività fuori della durata della legislatura (e dunque prima dell'avvio della stessa) o dopo il suo termine, consentendo i relativi spostamenti dei parlamentari. Al momento, questo spazio giuridico costituisce il terreno esclusivo di operatività dell'art. 9, co. 2, sicché, in ultima analisi, se non si ammettesse l'operatività dell'art. 9, co. 2, fuori della durata del mandato parlamentare, la disposizione sarebbe sostanzialmente privata del proprio effetto utile.

5. L'incidenza dell'inviolabilità sullo stato detentivo parlamentare

In definitiva, la Corte si sofferma sull'incidenza che l'applicazione dell'immunità ex art. 9, co. 2, del Protocollo n. 7 può esercitare sullo stato detentivo di un deputato al Parlamento europeo. In particolare, la Corte rileva che l'inviolabilità osta a che una misura detentiva, quale la custodia cautelare in carcere, possa ostacolare lo spostamento di un membro del Parlamento europeo verso il luogo dove si terrà la prima riunione, costitutiva della nuova legislatura.

Viene così a delinearsi una forma di tutela rigida e non modulabile¹⁶, che non consente un bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco di tutela della giustizia e protezione del parlamentare, come invece auspicato dal giudice *a quo* nella terza questione pregiudiziale. La giurisdizione che intenda mantenere la misura privativa della libertà ha, infatti, come unica possibilità, quella di chiedere «quanto prima» al Parlamento europeo di revocare l'immunità a norma dell'art. 9, co. 3, del Protocollo n. 7¹⁷.

Vale forse la pena evidenziare che, per giungere a tale conclusione, la Corte fa piena astrazione dal collegamento tra il primo e secondo comma dell'art. 9. È infatti lo stesso Avvocato generale a precisare che, limitandosi a disporre che «l'immunità» vale anche quando i parlamentari si recano al luogo della riunione o ne fanno rientro, il secondo comma dell'art. 9 deve

¹⁶ Diversamente dalla posizione assunta dalla giurisprudenza eurounitaria in tema di immunità di sede (Tribunale, sentenze del 20 novembre 2017, T-452/15 *Petrov c. Parlamento* e T-618/15 *Voigt c. Parlamento*); sul punto, v. P. ZICCHITU, *Contesto politico e immunità di sede del Parlamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 235-236.

¹⁷ CGUE, *Oriol Junqueras Vies*, cit., par. 91. Parte della dottrina registra una certa deferenza del Parlamento europeo verso le richieste delle corti nazionali; così R. CORBETT, F. JACOBS, D. NEVILLE, *The European Parliament*, Nona edizione, London, 2016, p. 77.

intendersi come un mero rimando all'immunità di cui al primo comma¹⁸. L'art. 9, co. 2, non identificherebbe quindi un'autonoma tipologia di inviolabilità, ma si limiterebbe ad estendere l'ambito di incidenza di quella prevista all'art. 9, co. 1.

Ne consegue che, come indica l'Avvocato generale, qualora il membro del Parlamento europeo si trovi, come nel caso di specie, sul proprio territorio nazionale, l'art. 9, co. 2, comporta l'applicazione della tutela prevista per i parlamentari dello Stato di appartenenza *ex art. 9, co. 1, lett. a)*.

Se è chiaro che la definizione per rinvio al diritto nazionale del contenuto della norma europea non vale a privare la Corte della propria funzione di nomofilachia, resta fermo che la giurisdizione europea pare qui attribuire effetti autonomi all'art. 9, co. 2, del Protocollo, non entrando in linea di conto se l'immunità riconosciuta agli omologhi parlamentari nazionali attribuisca ad essi il diritto di recarsi alle riunioni della propria camera di appartenenza in caso di misura privativa della libertà personale.

6. La prosecuzione della vicenda Junqueras: la pronuncia del *Tribunal Supremo* alla luce del principio di leale collaborazione

In conclusione, occorre osservare che, nel procedimento principale radicato dinanzi alle autorità giudiziarie spagnole, il ricorso esperito da Junqueras avverso l'ordinanza di diniego del permesso di uscita dal carcere è stato respinto dal *Tribunal Supremo* con ordinanza del 9 gennaio 2020; e ciò sul rilievo che, anche a voler ammettere l'interpretazione del giudice europeo in tema di immunità, resta fermo che Junqueras deve ormai dirsi privo dello *status* di parlamentare. Infatti, ancor prima che la Corte di giustizia si pronunciasse sulle questioni pregiudiziali, con sentenza del 14 ottobre 2019 il *Tribunal Supremo* si era già espresso nel merito, condannando Junqueras in via definitiva a 13 anni di carcere. In particolare, sono le sanzioni accessorie discendenti dalla sentenza di condanna che hanno determinato l'incapacità assoluta del condannato, con conseguente cessazione da ogni carica e funzione pubblica, ivi compresa quella di membro del Parlamento europeo.

A tal proposito, va segnalato che secondo parte della dottrina, eludendo la pronuncia del giudice europeo, la Corte Suprema spagnola non avrebbe rispettato appieno il principio di leale collaborazione¹⁹. È infatti la stessa Corte di giustizia che nella propria pronuncia ricorda che spetta al giudice *a*

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale, cit., par. 87.

¹⁹ P. V. ELSUWEGE, "The Junqueras Saga Continues. A New Challenge for the EU Legal Order", *Verfassungsblog*, 14 gennaio 2020, par. 2.

quo trarre le conseguenze che nel caso di specie discendono dall'immunità parlamentare, e ciò nel rispetto del diritto europeo e del «principio di leale collaborazione»²⁰.

Come è noto, detto principio non può che assumere una «particolare importanza» ove la collaborazione coinvolga le autorità giudiziarie degli Stati membri, essendo queste incaricate di vigilare sul rispetto del diritto europeo²¹. Da una tale collaborazione dipende infatti l'effettività del diritto dell'Unione, sicché in dottrina vi è chi profila la fondatezza di un'eventuale procedura di infrazione contro lo Stato spagnolo²².

Invero, la decisione del *Tribunal Supremo* era stata preannunciata dallo stesso Avvocato generale, il quale, sollevando l'argomento dell'incapacità di Junqueras, aveva manifestato dubbi circa la ricevibilità del ricorso²³. Infatti, come si è anche sostenuto in dottrina, se ancor prima della decisione della Corte di giustizia, Junqueras aveva già perso la qualifica di parlamentare, stante l'intervenuta condanna definitiva, la questione sottoposta ai giudici europei doveva dirsi irrilevante²⁴.

Sembra dunque che la Corte abbia voluto cogliere l'«opportunità» di pronunciarsi sul tema dell'immunità, facendo leva sulla consolidata giurisprudenza in tema di presunzione di pertinenza²⁵. Argomento, questo, che appare comunque solido, specie se si evidenzia che è stato lo stesso giudice *a quo* a precisare, all'indomani della decisione di condanna, che la questione interpretativa conservava la propria rilevanza, atteso che, a prescindere dall'intervenuta condanna definitiva, al giudice spagnolo restava pur sempre il compito di decidere sul ricorso esperito avverso l'ordinanza di diniego del permesso²⁶. Il giudice rimettente ha poi concluso che la pronuncia pregiudiziale, essendo diretta a definire i rapporti tra stato detentivo e immunità parlamentare, avrebbe sortito i propri effetti «indipendentemente» dalla natura definitiva o provvisoria della detenzione e, dunque, anche a seguito di «condanna definitiva»²⁷.

²⁰ CGUE, *Oriol Junqueras Vies*, cit., par. 93.

²¹ E ciò pure nell'ambito dei rapporti tra giudice nazionale ed istituzioni diverse dalla Corte di giustizia: in particolare, con riferimento ai rapporti con il Parlamento europeo, in tema di immunità si veda CGUE, *Marra c. De Gregorio e Clemente*, cit. par. 40.

²² P. v. ELSUWEGE, *The Junqueras Saga*, cit., par. 2.

²³ Conclusioni A.G., cit., par. 96 ss.

²⁴ D. SARMIENTO, «MEP Immunity and the Junqueras Conundrum», *Eulawlive*, 15 gennaio 2020.

²⁵ Tra molte, CGUE, sentenza del 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio Oktatóés Szolgáltatóbt*, par. 67.

²⁶ CGUE, *Oriol Junqueras Vies*, cit., par. 57.

²⁷ *Ivi*, par. 42.

Ed è alla luce di tale dato che l'ipotesi della violazione del principio di leale collaborazione pare assumere concretezza. L'intento elusivo emerge infatti con chiarezza se si considera la contraddittorietà delle posizioni assunte dalla Corte spagnola, la quale dapprima ha affermato la rilevanza delle questioni pregiudiziali, poi l'ha sostanzialmente negata al fine di sottrarsi al rispetto della pronuncia europea.

Va peraltro rilevato che se il *Tribunal Supremo*, in ossequio alla leale collaborazione, fosse stato coerente con le proprie premesse e avesse ammesso gli effetti della pronuncia pregiudiziale dopo l'intervenuta condanna, ciò avrebbe implicato l'operatività dell'immunità e il conseguente riconoscimento in capo a Junqueras dello *status* di parlamentare, configurandosi così una sorta di deroga alla generale incapacità discendente dalla condanna definitiva.

Non sembra, invece, che si sarebbe potuto dubitare del rispetto del principio di leale collaborazione se il giudice *a quo*, a seguito della condanna definitiva, avesse precisato fin da subito che la questione aveva ormai perso ogni rilevanza, stante la sopravvenuta incapacità di Junqueras. Il giudice rimettente, nell'escludere gli effetti della pronuncia pregiudiziale, sarebbe stato coerente con le proprie premesse, sicché difficilmente si sarebbe potuto individuare un intento elusivo della pronuncia europea. In tal caso, peraltro, il problema si sarebbe forse risolto in radice, posto che la Corte di giustizia avrebbe potuto giudicare irricevibile la questione pregiudiziale sulla base del costante orientamento secondo cui spetta in sostanza al giudice *a quo* valutarne la rilevanza.

La legge ungherese sulla trasparenza associativa davanti alla Corte di giustizia: la tutela della rule of law che c'è ma non si vede?

MARTINA COLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contenuto della legge ungherese sulla trasparenza associativa (c.d. *Lex NGO*). – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Vizi e virtù dell'intervento sovranazionale. – 5. Sviluppi successivi – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Con la sentenza del 18 giugno 2020 nella causa C-78/18, la Corte di giustizia ha accolto il ricorso per inadempimento avviato dalla Commissione europea nei confronti dell'Ungheria con riguardo alla nuova legge sulla trasparenza associativa. La vicenda dimostra il ruolo sempre più strategico assunto dalla procedura di infrazione quale strumento di tutela dello stato di diritto, a fronte dei noti fenomeni di *backsliding* che ormai da qualche anno interessano alcuni Stati membri. Ciò avviene, tuttavia, senza che nella sentenza vi sia una valorizzazione del nesso tra la legge ungherese e i valori fondanti dell'Unione europea *ex art. 2 TUE*. Accogliendo le richieste della Commissione, la Corte si è infatti limitata ad accertare la violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE e dei diritti fondamentali al rispetto della vita privata, alla protezione dei dati personali e alla libertà di riunione e associazione quali garantiti dagli art. 7, 8 e 12 della Carta dei diritti fondamentali. Si è in tal modo seguita una strada diversa da quella adottata dall'Unione nei confronti delle violazioni dello stato di diritto in Polonia. In situazioni quali quella ungherese, sarebbe invece auspicabile un approccio orientato a dare rilievo almeno in sede giurisdizionale al fatto che le violazioni di obblighi puntuali di diritto dell'UE sono sintomatiche di un deterioramento sistemico di un valore fondante ai sensi dell'art. 2 TUE, quale la *rule of law*.

PAROLE CHIAVE: Ungheria – stato di diritto – ONG – CGUE – procedura di infrazione – diritti fondamentali.

1. Introduzione

Con la sentenza del 18 giugno 2020 nella causa *Commissione c. Ungheria* (C-78/18)¹, la Corte di giustizia, deliberando nella composizione della Grande Sezione, ha accolto il ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione europea contro la legge ungherese «sulla trasparenza delle

* Dottoranda di ricerca in European and Transnational Legal Studies, Università degli Studi di Firenze, martina.coli@unifi.it. Ringrazio la dott.ssa Nicole Lazzarini e l'anonimo *referee* per i preziosi consigli e suggerimenti. Ogni responsabilità per eventuali errori e/o omissioni è soltanto mia.

¹ CGUE, sentenza del 18 giugno 2020, C-78/18, *Commissione c. Ungheria* (*Trasparenza associativa*).

organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero» («legge sulla trasparenza associativa»)². Fulcro dell'intervento legislativo era l'obbligo di registrazione e pubblicazione imposto a tutte le organizzazioni della società civile che beneficiassero di «un apporto di denaro o di altri attivi patrimoniali proveniente direttamente o indirettamente dall'estero» superiore ad una certa soglia annuale³ (pari a circa 20.800 euro). Tale previsione risultava problematica già in sé, creando un significativo ostacolo alle organizzazioni della società civile per lo svolgimento delle loro funzioni, ma ancor più nel contesto delle ormai note riforme adottate dal Governo ungherese di Viktor Orbán negli ultimi anni e volte all'annichilimento di ogni struttura ad argine del potere politico dell'esecutivo; una spirale nella quale, tra l'altro, si inseriscono anche le recenti riforme adottate dal Governo di Budapest per fronteggiare l'emergenza da COVID-19⁴.

La sentenza della Corte di giustizia, dichiarando la legge sulla trasparenza associativa contraria agli obblighi degli Stati membri in tema di libera circolazione dei capitali derivanti dai Trattati, nonché ad alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, contribuisce, in sostanza, all'azione di contrasto al deterioramento della *rule of law* europea che, a partire dalla sentenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*⁵, ha ricevuto un sostanziale impulso dal massimo organo giudiziario dell'Unione⁶. Allo stesso tempo, però, non può sottacersi come nella pronuncia il nesso tra la legge ungherese in questione e i valori fondanti dell'Unione europea di cui all'art. 2 TUE emerge solo parzialmente e indirettamente.

² Legge n. LXXVI del 2017 sulla trasparenza delle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero. Una traduzione in inglese della legge è disponibile *online* su www.njt.hu.

³ Art. 1, par. 2, della legge sulla trasparenza associativa.

⁴ V. in proposito S. BENVENUTI, «Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 «sulla protezione contro il coronavirus»», *SIDIBlog*, 7 aprile 2020, e T. DRINÓCZI, A. BIENKACALA, *COVID-19 in Hungary and Poland: Extraordinary Situation and Illiberal Constitutionalism*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, p. 171 ss.

⁵ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

⁶ Si vedano i commenti alla sentenza di M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss.; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 2018, p. 1 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, p. 985 ss.

Dopo aver sintetizzato il contenuto della legge sulla trasparenza e i passaggi principali del ragionamento della Corte, si proporranno alcune riflessioni circa l'opportunità che, ricorrendone i presupposti, sia maggiormente messa in evidenza in sede giurisdizionale la circostanza che la violazione di obblighi puntuali di diritto dell'Unione europea è altresì sintomatica di un problema più generale di deterioramento dello stato di diritto, allineando dunque l'approccio nei confronti dell'Ungheria a quello recentemente adottato dalle istituzioni dell'Unione europea rispetto al caso polacco.

2. Il contenuto della legge ungherese sulla trasparenza associativa (c.d. *Lex NGO*)

Sin dalla sua approvazione nel 2017, la legge sulla trasparenza è apparsa *ictu oculi* indirizzata a colpire quelle organizzazioni non governative che sono attive oppositrici delle politiche dell'attuale Governo ungherese, rappresentandole come un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, tanto da venire immediatamente rinominata "*Lex NGO*" dall'*Hungarian Helsinki Committee*⁷.

L'intento discriminatorio della legge sulla trasparenza associativa si evince in effetti già dal preambolo, dal quale emerge che essa mira non solo ad assicurare la trasparenza dei finanziamenti, ma anche a contrastare fenomeni di ingerenza da parte di gruppi di interesse tali da «mettere a rischio gli interessi politici ed economici del Paese ed influenzare l'operato delle istituzioni». Inoltre, e senza che ne sia specificata la *ratio*, alcune categorie di associazioni e fondazioni – come le organizzazioni sportive e religiose – sono esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione della legge. Soprattutto, l'intento discriminatorio appare evidente in considerazione della disparità di trattamento tra le organizzazioni che ricevono finanziamenti esteri rispetto a quelle finanziate a livello nazionale. Difatti, solo alle prime la legge impone l'obbligo di registrarsi presso i tribunali competenti in qualità di «organizzazione che riceve sostegno dall'estero» e di dichiarare annualmente una serie di dati sugli aiuti ricevuti, quali la natura, l'ammontare e l'identità dei finanziatori, che verranno poi pubblicati in un registro online liberamente fruibile.

Curiosamente – ma, con ogni probabilità, non anche casualmente –, l'ammontare dei finanziamenti oltre il quale scatta la qualifica di

⁷ Hungarian Helsinki Committee, *Analysis of the Bill on Foreign Funded Organisations (Lex NGO)*, 12 aprile 2017, www.helsinki.hu.

«organizzazione che riceve sostegno dall'estero» viene definito rispetto alla soglia stabilita nella legge sulla lotta al riciclaggio al finanziamento del terrorismo, suggerendo così un implicito collegamento tra i due fenomeni. In caso di violazione degli obblighi di dichiarazione, registrazione e pubblicità, la legge sulla trasparenza prevede conseguenze di gravità crescente: intimazioni di adempimento da parte del pubblico ministero, sanzioni pecuniarie e, infine, lo scioglimento dell'associazione.

Come già accennato, la legge deve “apprezzarsi” – per così dire – anche alla luce del peculiare contesto politico nel quale si è inserita la sua approvazione, caratterizzato da una feroce campagna diffamatoria contro le ONG, accusate di minare la sicurezza e l'indipendenza del Paese e di interferire con gli interessi nazionali⁸. Su questo aspetto si era soffermata la Commissione di Venezia nel suo parere sull'allora progetto di legge, osservando che «[a]lthough the highly stigmatizing term “foreign agent” is not, and wisely so, used by the Hungarian legislator, it is doubtful whether in the current situation, marked by strong statements directed against civil society organisations funded from abroad, the expression “organisations receiving support from abroad” could be perceived in a neutral, descriptive way»⁹. La legge sulla trasparenza associativa non rappresenta infatti un caso isolato. Al contrario, non solo è inserita nel “progetto illiberale” perseguito da Viktor Orbán, di cui si dirà di seguito, ma si aggiunge a una serie di misure analoghe, tutte volte a restringere il margine d'azione delle organizzazioni della società civile che perseguono cause e interessi “ostili” a quelli dell'attuale Governo ungherese. Tra di esse vale la pena ricordare la legge n. VI del 2018 (cosiddetta “*Stop Soros*”) che mira a restringere l'attività delle organizzazioni che aiutano i migranti nell'avanzare domande di protezione internazionale in Ungheria.¹⁰ Con l'entrata in vigore di queste leggi, molte organizzazioni della società civile sono state colpite dalle misure restrittive. Emblematico è il caso della *Open Society Foundation*, che già nel 2018 ha spostato la sua

⁸ Si veda la *timeline* realizzata dall'Hungarian Helsinki Committee: *Timelines of Governmental Attacks against NGOs*, 17 novembre 2017, www.helsinki.hu.

⁹ Commissione di Venezia, parere del 20 giugno 2017 sul progetto di legge sulla trasparenza delle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero, CDL-AD(2017)015, par. 24.

¹⁰ La legge n. VI del 2018 ha introdotto l'art. 353/a del codice penale, il quale criminalizza le «attività organizzative» che consentono l'avvio di una procedura di protezione internazionale in Ungheria da parte di una persona che, secondo il diritto nazionale, non ha diritto di beneficiare di suddetta protezione. La Commissione europea ha reagito a questa legge iniziando una procedura di infrazione contro l'Ungheria che è stata deferita alla Corte di giustizia l'8 novembre 2019. Si vedano in merito le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos del 25 febbraio 2021, C-821/19, *Commissione europea c Ungheria (Criminalizzazione del sostegno ai richiedenti asilo)*.

sede europea da Budapest a Berlino proprio a causa del quadro politico e normativo ungherese sempre più repressivo nei confronti delle organizzazioni non governative¹¹.

3. La sentenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia ha accolto le richieste della Commissione europea, accertando sia la violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63 TFUE, sia quella degli articoli 7, 8 e 12 della Carta dei diritti fondamentali, dedicati, rispettivamente, al rispetto della vita privata e della vita familiare, alla protezione dei dati personali e alla libertà di riunione e di associazione.

Circa la prima censura, la Corte ha ritenuto potessero individuarsi nel testo di legge entrambi gli elementi qualificanti una violazione dell'art. 63, par. 1, TFUE, ossia la presenza di «movimenti di capitali aventi dimensione transfrontaliera» (che la giurisprudenza consolidata della Corte riconduce alla nomenclatura contenuta nell'Allegato I della direttiva 88/36¹²), e «l'esistenza di una restrizione della libera circolazione». Se la presenza di movimenti di capitali appare evidente in considerazione dell'applicabilità della legge ai trasferimenti di denaro provenienti dall'estero indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, la seconda condizione è stata accertata dalla Corte riconoscendo che le «disparità di trattamento in funzione della provenienza nazionale o "estera" del sostegno finanziario [...] costituiscono una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità»¹³. Difatti, il regime introdotto dalla legge si applica in via esclusiva alle organizzazioni che ricevono sostegno dall'estero ed è fortemente penalizzante, sia per gli oneri amministrativi previsti sia per il carattere stigmatizzante, «tale da dissuadere persone fisiche o giuridiche di altri Stati membri o di Paesi terzi dal concedere loro un sostegno finanziario»¹⁴.

Secondo la linea difensiva dell'Ungheria, la restrizione alla libera circolazione era giustificata, primariamente, da una ragione imperativa di interesse generale, ossia incrementare la trasparenza del finanziamento delle organizzazioni della società civile; in subordine, erano altresì richiamati alcuni

¹¹ Comunicato stampa della Open Society Foundation, *The Open Society Foundations to Close International Operations in Budapest*, 15 maggio 2018, www.opensocietyfoundations.org.

¹² Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

¹³ CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit., punto 62.

¹⁴ Ivi, punto 58.

motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza previsti all'art. 65, par. 1, lett. b, TFUE, quali la lotta al riciclaggio di capitali, al finanziamento del terrorismo e alla criminalità organizzata.

Ebbene, la Corte ha escluso tanto l'applicazione delle giustificazioni relative a ragioni imperative di interesse generale quanto quelle espressamente previste dai Trattati, così divenendo superfluo l'esame della proporzionalità della restrizione¹⁵. Pur riconoscendo che l'aumento della trasparenza dei finanziamenti potrebbe essere considerato, in quanto tale, un obiettivo legittimo tale da costituire una ragione imperativa di interesse generale, la Corte ha ritenuto insufficienti le motivazioni addotte dall'Ungheria per spiegare come il suddetto obiettivo possa giustificare la legge sulla trasparenza. Ciò in considerazione dell'applicazione indifferenziata degli obblighi di registrazione, dichiarazione e pubblicità a tutte le associazioni che ricevono un certo ammontare di finanziamenti esteri; tali obblighi, pertanto, non tengono conto degli scopi e mezzi di cui tali associazioni dispongono, ma si basano su una «presunzione di principio» secondo cui qualsivoglia sostegno finanziario estero e qualsiasi organizzazione che lo riceve possano recare pregiudizio agli interessi nazionali dell'Ungheria¹⁶.

In secondo luogo, per ciò che concerne i motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza *ex art. 65 TFUE*, la Corte ha ribadito la propria giurisprudenza, trasversale alle disposizioni sulle quattro libertà, secondo cui tali giustificazioni necessitano di un'interpretazione restrittiva che non può essere operata singolarmente da uno Stato membro senza un controllo esercitato dalle istituzioni europee¹⁷. Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che l'Ungheria non avesse fornito prove sufficienti a dimostrare una minaccia reale per l'ordine pubblico e la sicurezza; piuttosto, sottolineando il recente aumento dei capitali esteri a finanziamento delle organizzazioni magiare, lo Stato guidato da Viktor Orbán si era limitato a *presupporre* un legame tra il sostegno finanziario estero e le minacce ad interessi fondamentali della collettività¹⁸.

Circa il profilo dell'incompatibilità della legge con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta UE, merita ricordare che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, il ricorso alle giustificazioni delle restrizioni delle quattro libertà previste dal diritto UE deve essere considerato come

¹⁵ Ivi, punti 76-97.

¹⁶ Ivi, punto 86.

¹⁷ Ivi, punto 91.

¹⁸ Ivi, punti 93-95.

«attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta¹⁹ e, pertanto, tali giustificazioni possono essere validamente invocate solo se conformi ai diritti fondamentali garantiti dalla stessa. L'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, nelle sue conclusioni alla sentenza in commento²⁰, aveva proposto alla Corte di abbracciare un approccio innovativo, dalle ricadute molto significative sull'ambito applicativo dei diritti fondamentali UE, ma a suo avviso necessario e in certa misura anche preconizzato da una precedente procedura di infrazione nei confronti dell'Ungheria²¹. Con l'intento di "smascherare" le normative nazionali in cui «la restrizione della libertà in questione appare come la causa principale o diretta della violazione di un diritto fondamentale»²², l'Avvocato generale aveva infatti suggerito di ridefinire il contenuto delle libertà "classiche" dei Trattati attraverso l'integrazione dei diritti garantiti dalla Carta, applicando dunque un unico parametro di controllo composito. Secondo questa impostazione, nel corso dell'analisi dell'ammissibilità di una normativa nazionale rispetto ad una delle quattro libertà, la Carta non dovrebbe trovare applicazione soltanto quando gli Stati membri invocano una delle giustificazioni ammesse dal diritto UE, ma anche «in qualunque altro caso nel quale risultino interessati i diritti fondamentali»²³.

La Corte ha invece preferito muoversi nel solco della sua giurisprudenza, procedendo quindi ad esaminare la conformità ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta delle misure contenute nella *Lex NGO* in sede di esame dell'ammissibilità delle giustificazioni addotte dal Governo ungherese. Ciononostante, la Corte si è ampiamente soffermata sulle violazioni dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta invece di "bollare" le due violazioni come sovrapponibili, rendendo dunque superfluo l'esame di conformità della normativa in oggetto con la Carta UE (come suggerito, tra gli altri, dall'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe nelle conclusioni nel rinvio pregiudiziale *SEGRO*)²⁴.

¹⁹ Si veda in merito la sentenza CGUE del 21 dicembre 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*, punto 64.

²⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona del 14 gennaio 2020, C-78/18, *Commissione europea c. Ungheria (Trasparenza associativa)*.

²¹ CGUE, sentenza del 21 maggio 2019, C-235/17, *Commissione c. Ungheria (Usufrutti su terreni agricoli)*.

²² Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos in *Commissione europea c. Ungheria*, cit., punto 97.

²³ Ivi, punto 89.

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe del 31 maggio 2017, C-52/16 e C-113/16, *SEGRO*, punti 119 e 120.

In primo luogo, la Corte ha ritenuto che gli obblighi previsti dalla legge sulla trasparenza limitino il diritto alla libertà di associazione, garantito all'art. 12, par. 1, della Carta, delle organizzazioni ungheresi che ricevono sostegno dall'estero. Infatti, ostacolando significativamente il finanziamento estero, gli obblighi e le sanzioni previsti dalla legge rendono più difficile a tali organizzazioni perseguire le loro attività e «sono tali da creare, in Ungheria, un clima di sfiducia generalizzata nei [loro] confronti»²⁵.

In secondo luogo, la Corte ha accertato la limitazione dei diritti al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione dei dati personali, rispettivamente agli art. 7 e 8 della Carta. In particolare, gli obblighi di dichiarazione e di pubblicità imposti ai finanziatori esteri includono dati (quali nome, residenza e importo del sostegno finanziario, per le persone fisiche; denominazione legale, sede e ragione sociale per le persone giuridiche) che rientrano nel diritto alla tutela della vita privata, secondo la giurisprudenza pregressa della Corte²⁶. Inoltre, giacché l'Ungheria non aveva chiarito come gli obblighi contenuti nella legge soddisfacessero i requisiti di trattamento leale dei dati personali, previsti all'art. 8, par. 2, della Carta, la Corte ha constatato la limitazione del diritto alla protezione dei dati di carattere personale²⁷. Poiché, come già sottolineato in riferimento alle giustificazioni relative alla violazione dell'art. 63 TFUE, le disposizioni della legge sulla trasparenza non rientrano tra le finalità di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione, esse non possono nemmeno giustificare limitazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta, ai sensi dell'art. 52, par. 1, e sono dunque tali da violare gli art. 7, 8 e 12 della Carta²⁸.

4. Vizi e virtù dell'intervento sovranazionale

Le difficoltà che le istituzioni dell'Unione europea stanno incontrando nel contrastare il progressivo deterioramento dello stato di diritto in Ungheria sono rese evidenti innanzitutto dal ristagnare della procedura *ex art. 7*, par. 1, TUE²⁹, la cui attivazione da parte del Parlamento europeo risale al

²⁵ CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit., punto 118.

²⁶ Si vedano le sentenze CGUE *Österreichischer Rundfunk* (sentenza del 20 maggio 2003, C-465/00, C-138/01 e C-139/01), *Volker und Markus Schecke e Eifert* (sentenza del 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09) e *Ministerio Fiscal* (sentenza del 2 ottobre 2018, C-207/16), ricordate ai punti 124 e 125 della sentenza in esame.

²⁷ CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit., punto 132.

²⁸ Ivi, punti 140-142.

²⁹ La letteratura sull'art. 7 TUE è particolarmente vasta. V. W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of*

settembre 2018³⁰. Nonostante i numerosi richiami ad agire del Parlamento stesso³¹, ad oggi nessuna decisione è stata presa in merito dal Consiglio, dove le discussioni dedicate sono state poche e inconcludenti³². Le difficoltà dell'Unione sono poi confermate dalla decisione della Commissione di non attivare nei confronti dell'Ungheria il Nuovo quadro per rafforzare lo stato di diritto³³, né tantomeno la procedura *ex art. 7, par. 2, TUE*³⁴. Alla luce di ciò, il ricorso alla procedura di infrazione *ex art. 258-260 TFUE* nel caso in esame è certamente da valutarsi in modo positivo.

European Law, 2010, p. 385 ss.; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.; D. KOCHENOV, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2019, p. 165 ss.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)). L'Ungheria ha presentato un ricorso di annullamento contro la risoluzione e il caso è attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia. Si vedano in merito le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 3 dicembre 2020, C-650/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*.

³¹ Si veda in proposito la risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2020 sulle audizioni in corso a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria (2020/2513(RSP)) e la risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), punto 50.

³² A conoscenza di chi scrive, l'ultimo Consiglio Affari generali che ha avuto ad oggetto le procedure *ex art. 7* in Ungheria e Polonia è quello del 22 settembre 2020, durante il quale la Commissione ha aggiornato i Ministri sugli ultimi sviluppi nei due Stati membri in tema di stato di diritto. Significativamente, nei risultati della sessione del Consiglio si legge che «a causa della pandemia di COVID-19 e dell'impossibilità di tenere sessioni del Consiglio in presenza, quest'anno il Consiglio non è stato in grado di tenere discussioni a norma dell'articolo 7». V. i risultati della sessione del Consiglio Affari generali del 22 settembre 2020, doc. 11024/20, p. 5. Si v. inoltre per un'analisi critica del ristagnare delle discussioni relative all'art. 7, par. 1, TUE in Consiglio: L. PECH, "From 'Nuclear Option' to Damp Squib? – A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date", *Verfassungsblog*, 13 novembre 2019 e P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, 2020, p. 168 ss.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014)158 final. Il nuovo quadro è stato invece attivato nei confronti della Polonia, alla quale la Commissione ha inviato un totale di quattro raccomandazioni. Sulla vicenda polacca sia concesso di rinviare a M. COLI, *Article 7 TEU: From a Dormant Provision to an Active Enforcement Tool?*, in *Perspectives on Federalism*, 2018, p. 272 ss.

³⁴ A differenza della procedura prevista al primo paragrafo – cosiddetta preventiva –, il ricorso all'art. 7, par. 2, TUE consentirebbe al Consiglio europeo di «constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente» dello stato di diritto in Ungheria e, successivamente, aprirebbe la strada alla possibilità di adottare le sanzioni *ex art. 7, par. 3, TUE*.

La vicenda esaminata rappresenta un esempio di utilizzo virtuoso del ricorso per inadempimento, con una significativa prontezza di azione della Commissione che, a sole due settimane dall'entrata in vigore della legge sulla trasparenza, ha inviato a Budapest la lettera di messa in mora³⁵. Senza dilatare i tempi oltre il necessario e negando ogni proroga al Governo ungherese, la Commissione ha optato per un rapido approdo alla procedura contenziosa. Come già sostenuto in dottrina³⁶, in un caso quale quello ungherese, prolungare eccessivamente il dialogo con lo Stato membro è tanto inopportuno quanto deleterio, poiché si rischia di concedergli il tempo sufficiente ad implementare una riforma dalla natura autoritaria. Inoltre, facendo leva non soltanto sulle violazioni delle disposizioni del mercato interno ma anche su quelle della Carta dei diritti fondamentali, la Commissione ha opportunamente inquadrato la legge in oggetto come un pericolo per i diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento europeo.

Da parte sua, la Corte di giustizia – dopo la sentenza “apri-pista” *Associazione sindacale dei giudici portoghesi* e le successive pronunce *LM*³⁷, *A.K.*³⁸, *Commissione c. Polonia*³⁹, e *Miasto Łowicz*⁴⁰ – si dimostra ancora una volta un attore cruciale nell'azione (o, meglio, nel tentativo di azione) dell'Unione di contenimento del fenomeno del *rule of law backsliding* in alcuni Stati membri⁴¹. La sentenza in oggetto non ha solamente accertato la singola violazione del diritto UE da parte dell'Ungheria, ma ha compiuto un piccolo passo nel dimostrare al Governo ungherese che le regole dell'Unione e i diritti da esse tutelati non sono liberamente interpretabili e aggirabili. Parimenti, non tutti gli obiettivi politici sono da considerarsi legittimi solamente perché emanati dall'autorità competente, secondo la teoria della *rule by law* tanto cara al Governo di Budapest. Come ben sostenuto

³⁵ Si veda il comunicato stampa della Commissione del 13 luglio 2017, *Hungary: Commission launches infringement procedure for law on foreign-funded NGOs*, IP/17/1982.

³⁶ Cfr. P. BÁRD, “The Hungarian ‘Lex NGO’ before the CJEU: Calling an Abuse of State Power by its Name”, *Verfassungsblog*, 27 gennaio 2020.

³⁷ CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*.

³⁸ CGUE, sentenza del 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K.*

³⁹ CGUE, sentenza del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*.

⁴⁰ CGUE, sentenza del 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*.

⁴¹ L'espressione “*rule of law backsliding*” è stata utilizzata da Pech e Scheppele per descrivere il processo di progressivo deterioramento della *rule of law* in atto in alcuni Stati membri: «a process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party». L. PECH, K. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 3 ss.

dall'Avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni sulla causa avente ad oggetto il meccanismo temporaneo di ricollocazione dei richiedenti asilo, «il rispetto dello stato di diritto implica l'osservanza dei propri obblighi giuridici» e il mancato adempimento «è un pericoloso primo passo verso l'annichilimento della società ordinata e strutturata governata dallo stato di diritto della cui comodità e sicurezza beneficiamo in qualità di cittadini»⁴². La procedura di infrazione si (ri)conferma dunque, anche agli occhi della Corte, un utile strumento laddove ci sia convergenza tra interferenze nella *rule of law* e violazioni di obblighi puntuali di diritto UE, dimostrandosi di gran lunga più adeguata del rinvio pregiudiziale nell'accertare violazioni relative (anche) allo stato di diritto⁴³.

La rilevanza della sentenza in oggetto si apprezza anche in ragione della conferma da parte della Corte della possibilità di avere un motivo di ricorso per inadempimento basato unicamente sulle disposizioni della Carta – qualora si rientri nel relativo ambito di applicazione –, indipendente e meritevole di un esame separato rispetto a quello relativo alla violazione dei Trattati. Fino a questo momento vi era un solo precedente, costituito dalla sentenza *Commissione c. Ungheria (diritti di usufrutto)*, dove la Corte aveva accertato la violazione del combinato disposto delle disposizioni del TFUE sulla libera circolazione dei capitali e di quelle della Carta (nello specifico, l'art. 17 sul diritto di proprietà)⁴⁴. Grazie alla sentenza in commento, si è venuta quindi a delineare un'innovazione sostanziale nelle procedure di infrazione a difesa della *rule of law* (ma non solo), capaci di abbracciare in maniera autonoma le violazioni della Carta⁴⁵.

Tuttavia, non può omettersi di rilevare che un grande assente nella decisione è il riferimento ai valori fondanti di cui all'art. 2 TUE, che non è stato

⁴² Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 31 ottobre 2019, C-715/17, *Commissione c. Polonia (Meccanismo temporaneo di ricollocazione di richiedenti protezione internazionale)*, punto 241. Si veda in commento alle conclusioni: F. FERRI, *L'assassino è il maggiordomo? Primi rilievi sulle conclusioni dell'Avvocato generale nel giudizio di infrazione contro Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca in materia di ricollocazioni*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 258 ss.

⁴³ V. la già citata sentenza *Miasto Łowicz*, su cui sia permesso rinviare per un commento a M. COLI, "On disciplinary chambers, judicial remedies and the rule of law. The Court of Justice's ruling in *Miasto Łowicz* and the order for interim measures in *Commission v. Poland* (C-791/19 R)", *Diritticomparati*, 7 maggio 2020.

⁴⁴ CGUE, sentenza del 21 maggio 2019, C-235/17, *Commissione c. Ungheria (diritti di usufrutto)*.

⁴⁵ Questo approccio è stato poi confermato nella successiva pronuncia sulla cosiddetta *Lex CEU*: CGUE, sentenza del 6 ottobre 2020, C-66/18, *Commissione c. Ungheria (insegnamento superiore)*. Per un approfondimento, v. L. PRETE, B. SMULDERS, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 28 ss.

né invocato dalla Commissione né introdotto dalla Corte di propria iniziativa nel ragionamento. La legge sulla trasparenza si inserisce nel contesto delle ripetute violazioni dello stato di diritto ad opera del Governo ungherese che, a partire dalla vittoria elettorale di *Fidesz* nel 2010, ha intrapreso un percorso di progressivo allontanamento dai valori democratico-liberali e dai diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento europeo. Il fenomeno del *rule of law backsliding*, che attualmente caratterizza alcuni Stati membri dell'Europa centro-orientale, trova proprio nell'Ungheria il suo primo e più importante esempio. Difatti, a partire dall'adozione nel 2011 della nuova Legge Fondamentale⁴⁶, il cui contenuto è difficilmente conciliabile con i principi del costituzionalismo europeo e i valori sanciti all'art. 2 TUE⁴⁷, l'Ungheria, attraverso un'intensa attività di produzione normativa, ha progressivamente adottato una serie di riforme volte tanto a limitare i diritti fondamentali quando ad alterare i pesi e contrappesi indispensabili per sorreggere un sistema democratico. È dunque in quest'ottica che la legge sulla trasparenza associativa deve essere letta: al di là delle puntuali violazioni del diritto dell'Unione, la *Lex NGO* rappresenta uno dei tanti tasselli del peculiare progetto di "stato illiberale" apertamente perseguito dal Governo guidato da Orbán⁴⁸. In quanto tale, esso risulta incompatibile tanto con alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Carta – come riconosciuto nella sentenza, ancorché senza seguire la posizione più innovativa suggerita dall'Avvocato generale –, quanto con i valori fondanti l'Unione sanciti all'art. 2 TUE, in particolare lo stato di diritto. Difatti, non soltanto quest'ultimo è sicuramente incompatibile con la discriminazione e l'arbitraria violazione di diritti e libertà fondamentali, ma trova anche nelle organizzazioni della società civile un elemento imprescindibile di allerta, garanzia e controllo.

Alla luce di ciò, la Commissione e la Corte di giustizia paiono aver perso l'occasione di inquadrare il caso come una situazione di *rule of law backsliding*. Se rispetto al caso polacco – dove la Commissione sta portando avanti

⁴⁶ Per un'analisi della costituzione ungherese si veda M. BÁNKUTI, G. HALMAI, K. SCHEPPELE, *From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary's Old and New Constitutions*, in G. TÓTH (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Budapest, 2012, p. 237 ss.

⁴⁷ Cfr. l'editoriale *Hungary's New Constitutional Order and "European Unity"*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 871 ss.

⁴⁸ Si veda in proposito il discorso tenuto da Orbán al 25° Bálványos Summer Free University and Student Camp il 26 luglio 2014: «in this sense the new state that we are constructing in Hungary is an illiberal state, a non-liberal state. It does not reject the fundamental principles of liberalism such as freedom, and I could list a few more, but it does not make this ideology the central element of state organisation, but instead includes a different, special, national approach». Il discorso integrale è disponibile nel sito *web* del Governo ungherese.

procedure d'infrazione accelerate, corredate da domande di provvedimenti provvisori, che fanno diretto appello ai valori europei – il cambio di approccio è evidente⁴⁹, nei confronti dell'Ungheria i passi significativi sono stati ancora pochi e, soprattutto all'inizio, non sufficientemente inquadrati come problemi relativi allo stato di diritto⁵⁰. Ed anche la Corte di giustizia, che riguardo alla Polonia non ha mancato di sollevare autonomamente il riferimento all'art. 2 TUE⁵¹, ha in questo caso omesso ogni riferimento ai valori europei.

Il futuro dell'*enforcement* della *rule of law* nell'Unione necessita anche di un utilizzo strategico della procedura di infrazione,⁵² quantomeno attraverso una lettura combinata delle varie disposizioni giuridiche di volta in volta violate e l'art. 2 TUE. Diversamente, il rischio è che si ricada negli errori del passato, ritornando ad appiattire l'inosservanza dei valori europei a mere violazioni di obblighi puntuali di diritto dell'Unione, una strategia che in passato ha già dimostrato tutta la sua inefficacia. Esemplificativa in merito è la vicenda della procedura d'infrazione aperta dalla Commissione nel 2012 contro le disposizioni ungheresi relative all'abbassamento retroattivo dell'età pensionabile dei membri della magistratura magiara per violazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età contenuto nella direttiva sulla parità di trattamento⁵³. Nonostante la Corte abbia accertato suddetta violazione⁵⁴, è mancato ogni riferimento al problema centrale della riforma ungherese, ovvero la violazione del principio di indipendenza della magistratura, tanto da far dubitare dell'efficacia dello strumento del ricorso

⁴⁹ V. in proposito L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, 2020, p. iv ss. e L. PECH, *Protecting Polish Judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": Commission v. Poland (Interim proceedings)*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 137 ss.

⁵⁰ Si veda in merito F. CASOLARI, "La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del Coronavirus: se non ora quando?", *SIDIBlog*, 7 aprile 2020.

⁵¹ Si veda su tutte l'ordinanza di provvedimenti provvisori nel caso della foresta Białowieża: CGUE, ordinanza del 20 novembre 2017, C-441/17 R, *Commissione c. Polonia (foresta di Białowieża)*.

⁵² Numerose sono le proposte della dottrina relative ad un utilizzo strategico della procedura di infrazione da parte della Commissione. Si vedano in particolare: P. BÁRD, A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *Rule of Law Infringement Procedures. A Proposal to Extend the EU's Rule of Law Toolbox*, CEPS Paper 09/2019 e K. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 3 ss.

⁵³ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

⁵⁴ CGUE, sentenza del 6 novembre 2012, C-286/12, *Commissione c. Ungheria*.

per inadempimento nel tutelare lo stato di diritto⁵⁵. All'epoca nella Corte avevano verosimilmente prevalso il timore di travalicare il confine tra art. 7 TUE e art. 258 TFUE e, al contempo, l'intenzione di lasciar agire in primo luogo le istituzioni politiche nell'ambito delle procedure *ad hoc* di *enforcement* dei valori fondanti⁵⁶. Allo stato attuale, però, quel confine è sicuramente meno rigido, grazie proprio alla recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha accertato la violazione dell'art. 19, par. 1, TUE per misure che minavano l'indipendenza della magistratura, allineando il contenuto di quella disposizione con l'art. 2 TUE⁵⁷. Come riconosciuto dall'Avvocato generale Tanchev nelle conclusioni in *Commissione c. Polonia*, le due procedure previste agli art. 7 TUE e 258 TFUE sono dunque «separate» e «non si escludono vicendevolmente», tanto da poter essere attivate in contemporanea⁵⁸.

La valorizzazione nelle procedure di infrazione del riferimento ai valori europei *ex art. 2 TUE* – qualora si tratti di cosiddette *values-related infringement proceedings* – non avrebbe un effetto solamente retorico, ma porterebbe dei sicuri vantaggi. Innanzitutto, essa è volta ad evitare che uno Stato membro possa “riparare” alla violazione del diritto dell'Unione attraverso misure chirurgiche che solo in senso stretto rispondono alle censure della Corte di giustizia. È dunque importante che la Commissione evidenzi sin da subito il legame tra la violazione delle disposizioni del diritto dell'Unione e l'art. 2 TUE, richiedendo allo Stato membro una *compliance* “a tutto tondo”⁵⁹. Ciò è tanto più importante ai fini della successiva applicabilità della procedura all'art. 260 TFUE, per evitare che lo Stato membro possa sfuggire al nuovo deferimento alla Corte – e alle possibili sanzioni economiche – per aver rimediato solo ad alcune, superficiali, misure contestate⁶⁰. In secondo luogo, evidenziare la rilevanza sul piano dei valori europei di una procedura di infrazione contribuirebbe a darle visibilità e a far sì che essa

⁵⁵ V. in proposito B. BUGARIČ, *Protecting Democracy inside the EU: On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 82 ss.

⁵⁶ Cfr. A. VINCZE, *The ECJ as the Guardian of the Hungarian Constitution: Case C-286/12 Commission v. Hungary*, in *European Public Law*, 2013, p. 489 ss.

⁵⁷ Si v. su tutte la già ricordata sentenza *Commissione c. Polonia*, C-619/18, e il relativo contributo di M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 234 ss.

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev dell'11 aprile 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*, punto 50.

⁵⁹ Alcuni autori si sono espressi anche a favore di procedure di infrazione sistemiche costruite direttamente sulla base dell'art. 2 TUE: K. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All*, cit., p. 3 ss.

⁶⁰ V. *infra*, par. 5.

venga valorizzata e vagliata ai fini dell'applicazione di altri meccanismi a tutela dei valori europei, *in primis* il meccanismo introdotto dal recente regolamento di condizionalità⁶¹ e le procedure *ex art. 7 TUE*. Inoltre, dato il carattere aperto e generale dell'art. 2 TUE, la procedura di infrazione può costituire – al pari del rinvio pregiudiziale⁶² – un'occasione per concretizzarne il contenuto, attraverso il collegamento con altre disposizioni dei Trattati. Infine, inserire le singole violazioni nel quadro generale della salvaguardia dei valori europei rafforzerebbe la comprensione e la comunicabilità della procedura di infrazione e manderebbe un messaggio chiaro ai governi nazionali e, soprattutto, alle relative popolazioni, evitando che essa venga percepita come una mera questione tecnica di interesse solo per gli specialisti. Non bisogna infatti dimenticare che le violazioni della *rule of law* riguardano ed impattano sulla vita di tutti i cittadini, come la vicenda in esame testimonia in modo esemplare.

5. Gli sviluppi successivi

Davanti alla perdurante opposizione ungherese, il 18 febbraio 2021 la Commissione ha inviato una nuova lettera di messa in mora all'Ungheria, iniziando così la procedura della c.d. “doppia condanna” *ex art. 260, par. 2, TFUE*⁶³. Come noto, essa consente alla Commissione, dopo aver dato allo Stato membro la possibilità di presentare le proprie osservazioni, di deferirlo alla Corte di giustizia per non aver adottato le misure di esecuzione necessarie ad adeguarsi alla precedente sentenza della Corte che aveva accertato l'inadempienza rispetto agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. Con

⁶¹ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Questo meccanismo consente, a certe condizioni, la sospensione dei fondi europei nei confronti di quegli Stati membri dove esistono violazioni della *rule of law* che impattano sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione. Per un'analisi, si v.: M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU Funds: An Instrument to Enforce EU Fundamental Values?*, in *Journal of European Integration*, 2020, p. 1 ss; M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 2019, p. 695 ss.

⁶² Dopo aver collegato il contenuto dell'art. 2 TUE con quello dell'art. 19, par. 1, dello stesso Trattato nella già menzionata sentenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*, la Corte di giustizia nella sua recente giurisprudenza, soprattutto in ambito pregiudiziale, ha proseguito a delineare i criteri relativi al requisito di indipendenza della magistratura. Si v. *ex plurimis* le sentenze CGUE del 19 novembre 2019, C-585/18, *A.K.*, del 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B.*, e del 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblica*.

⁶³ Si veda il comunicato stampa della Commissione europea del 18 febbraio 2021, *Pacchetto infrazioni di febbraio: decisioni principali*, INF/21/441.

la sua seconda sentenza la Corte di giustizia può imporre allo Stato inadempiente il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Finalmente, nel maggio 2021, a quasi un anno di distanza dalla decisione della Corte, il Parlamento ungherese ha dato attuazione alla sentenza e abrogato la *Lex NGO*⁶⁴. Con tutta probabilità, ha avuto un ruolo la decisione della Commissione di iniziare il procedimento *ex art. 260 TFUE*, come anche la paura di Budapest di ricevere le sanzioni pecuniarie. È dunque molto positivo che la Commissione abbia reagito all'iniziale indifferenza ungherese⁶⁵ attraverso il meccanismo della c.d. “seconda procedura di infrazione”, sebbene un intervento più sollecito, in linea con l’approccio adottato con la precedente lettera di messa in mora *ex art. 258 TFUE*, avrebbe potuto spingere il Governo ungherese a riallinearsi più rapidamente⁶⁶. Fino alla sua abrogazione, infatti, la *Lex NGO* ha continuato a essere applicata, penalizzando e stigmatizzando le organizzazioni della società civile⁶⁷.

Non c’è però grande spazio per i festeggiamenti: la sentenza della Corte di giustizia ha avuto sì l’effetto di rallentare il piano di Orbán contro tali organizzazioni, ma non certo di smantellarlo. La stessa legge che abrogato la *Lex NGO* ha altresì introdotto nuove norme che consentono alla Corte dei conti nazionale di vigilare selettivamente sulle finanze di alcune associazioni e fondazioni⁶⁸. Inoltre, gli attacchi alle ONG si sono tutt’altro che fermati e, anzi, recentemente il Governo ungherese ha introdotto⁶⁹ – e poi successivamente abrogato⁷⁰, a seguito delle critiche ricevute – un nuovo decreto che

⁶⁴ Legge XLIX del 2021 sulla trasparenza delle organizzazioni della società civile che svolgono un’attività in grado di influenzare il dibattito pubblico e sulla modifica di alcune leggi correlate. Si v. anche V. MAKSYMOW, “Hungary repeals NGO law but civil rights group deem replacement is unconstitutional”, *EURACTIV*, 19 maggio 2021.

⁶⁵ Cfr. P. BÁRD, J. GROGAN, L. PECH, “Defending the Open Society against its Enemies: The Court of Justice’s ruling in C-78/18 Commission v Hungary (transparency of associations)”, *Verfassungsblog*, 22 giugno 2020.

⁶⁶ La Commissione ha infatti atteso otto mesi dalla sentenza della Corte di giustizia per iniziare la procedura *ex art. 260*, par. 2, TFUE.

⁶⁷ Ad esempio, in agosto 2020 la ONG Power of Humanity si è vista negare l’accesso ai fondi Erasmus+ per un progetto sulla sensibilizzazione della cittadinanza attiva perché non era registrata come organizzazione “che riceve sostegno dall’estero”. Cfr. AA.VV., *Hungary: living under the sword of Damocles. The impact of the Lex NGO on civil society in Hungary*, Amnesty International, aprile 2021.

⁶⁸ Legge XLIX del 2021, cit. Si v. anche E. INOTAI, T. GOSLING, E. SZEKERES, C. CIOBANU, “Democracy digest: new laws on NGOs raise concerns in Hungary and Poland”, *Reporting Democracy*, 21 maggio 2021.

⁶⁹ Decreto 379/2021 del 30 giugno 2021.

⁷⁰ Decreto 437/2021 del 16 luglio 2021. Si v. altresì il capitolo sulla situazione dello stato di diritto in Ungheria del 2021 che accompagna la comunicazione della Commissione del 20

obbliga le organizzazioni della società civile a indicare annualmente tutti i loro donatori, rinunciando così alle donazioni anonime. Ancora una volta, a giustificazione degli specifici obblighi di rendicontazione erano le asserite esigenze di “trasparenza” nell’attività nei finanziamenti delle ONG, con conseguente tradimento della sentenza della Corte.

In altre parole, la mancanza di un approccio strategico al ricorso per inadempimento va a beneficio dell’attuale Governo ungherese e della sua strategia illiberale, consentendogli di introdurre misure ora cosmetiche ora chirurgiche per adempiere solo apparentemente alle censure della Corte invece che riparare concretamente alle violazioni del diritto dell’Unione e della *rule of law*. La speranza è che – se le misure ungheresi effettivamente tradiscono la sentenza della Corte – la Commissione pratichi uno scrutinio accurato, al di là dell’abrogazione della legge contestata, e, nel caso, valuti l’opportunità di riportare nuovamente l’Ungheria davanti ai giudici di Lussemburgo qualora ricorressero i presupposti⁷¹.

6. Conclusioni

La sentenza *Commissione c. Ungheria* del 18 giugno 2020 (C-78/18), con le sue luci ed ombre, rappresenta complessivamente un esempio positivo di ricorso alla procedura di infrazione a tutela della *rule of law*. Tuttavia, a parere di chi scrive, in casi quali quello in esame, dove la natura della violazione del diritto dell’Unione è intrinsecamente legata ad un problema diffuso di *rule of law backsliding*, sarebbe da valorizzare un approccio volto alla lettura combinata delle singole disposizioni di diritto dell’Unione violate e dell’art. 2 TUE. Fino ad oggi questo “cambio di passo” non si è visto nemmeno nelle successive pronunce delle Corti relative alle altre *values-related infringement proceedings* contro l’Ungheria, quali la sentenza sulle condizioni imposte agli istituti di insegnamento superiore situati fuori dallo spazio economico

luglio 2021, *Relazione sullo Stato di diritto 2021. La situazione dello Stato di diritto nell’Unione europea*, COM(2021)700 final.

⁷¹ Si v. per delle simili raccomandazioni il *policy brief* realizzato dalla Helsinki Foundation, *Enforcing the EU Court of Justice’s judgment on the Hungarian NGO law: 3 key recommendations to the European Commission*, dicembre 2020.

europeo (c.d. “*Lex CEU*”)⁷² e quella relativa agli inadempimenti nel settore dell’asilo⁷³.

Come già ricordato, l’Ungheria è attualmente sottoposta ad una (benché stagnante) procedura per violazione dei valori europei *ex art. 7, par. 1, TUE*. Sebbene dalla mera attivazione di tale procedimento non scaturiscano significative conseguenze giuridiche⁷⁴, in situazioni dove l’inadempimento contestato è riconducibile ad una più generale violazione dei valori europei sarebbe quantomeno auspicabile che questo elemento venisse sollevato dalla Commissione e successivamente vagliato o almeno valorizzato in sede giurisdizionale nell’ambito di ricorsi che ruotano attorno a specifiche manifestazioni del problema generale. Ciò rinforzerebbe tanto la procedura di infrazione quale strumento a tutela della *rule of law* quanto la legittimità dell’azione dell’Unione nel contestare violazioni dei propri valori da parte degli Stati membri. Si otterrebbe così un approccio meno differenziato rispetto a quello utilizzato nel caso polacco, che sarebbe non solo più rispettoso dell’uguaglianza degli Stati membri *ex art. 4, par. 2, TUE*, ma anche necessario per schermare l’Unione da eventuali accuse di utilizzare c.d. “doppi *standard*”⁷⁵. Non da ultimo, un simile approccio contribuirebbe anche alla concretizzazione del contenuto dei valori *ex art. 2 TUE, in primis la rule of law*.

⁷² CGUE, *Commissione c. Ungheria (Insegnamento superiore)*, cit. Si veda a commento: S. BENVENUTI, *La libertà accademica nello spazio europeo. Riflessioni sulla vicenda della Central European University alla luce della sentenza CGUE Commissione c. Ungheria del 6 ottobre 2020 (C-66/18)*, in *Federalismi*, 2021, p. 22 ss.

⁷³ V. CGUE, sentenza del 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione c. Ungheria (Accoglienza dei richiedenti protezione internazionale)*.

⁷⁴ Il principale effetto giuridico che fa seguito all’avvio dell’art. 7, par. 1, TUE riguarda la possibilità per gli Stati membri, garantita dal protocollo n. 24 ai Trattati, di ricevere le domande di asilo presentate dai cittadini dello Stato membro interessato da tale procedura. Si v. in merito la recente pronuncia della CGUE, sentenza del 3 giugno 2021, C-650/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*, punto 40 ss. Inoltre, nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia ha ritenuto che la mera attivazione della procedura rilevi quale elemento rilevante ai fini della valutazione della non esecuzione di un mandato di arresto europeo per ragioni relative alla “esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo”. V. CGUE, *LM*, cit., punto 61 ss.

⁷⁵ Frequentemente l’Unione è stata accusata di adottare misure a tutela dello stato di diritto solo nei confronti di alcuni Stati membri e non di altri. Sul punto v. L. PECH, J. GROGAN, *The Meaning and Scope of EU Rule of Law*, Reconnect Working Paper 7/2020, in particolare p. 48 ss.

Rallentamenti sulla tratta “Cipro-Paesi Bassi”: note sul possibile contributo della sentenza AFMB per una futura regolamentazione della somministrazione di manodopera in Europa

ANDREA IOSSA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La controversia e la decisione della Corte. – 3. Ripensare la regolamentazione del lavoro temporaneo. – 4. Spunti per una discussione su somministrazione di manodopera e *dumping* sociale in Europa. – 5. Un sostegno alle campagne sindacali contro le *letterbox companies*. – 6. Brevi osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Il presente contributo discute la sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso C-610/18 AFMB del 16 luglio 2020. Alla luce dell’evoluzione sia organizzativa che geografica delle pratiche di somministrazione transnazionale di manodopera, si intende evidenziare gli elementi della decisione della Corte potenzialmente rivoluzionari nel contesto del diritto del lavoro in Europa. La somministrazione di manodopera è un settore che negli ultimi anni ha visto una crescita esponenziale dovuta sia alle dinamiche di esternalizzazione e subappalto sia alla deregolamentazione che ha favorito la creazione di una vasta gamma di agenzie specializzate spesso operanti come *letterbox companies*. La decisione del giudice europeo al contrario indica la necessità di un ripensamento del quadro regolamentare della somministrazione di manodopera che prenda in considerazione le nuove complessità dei rapporti di lavoro transnazionali nel mercato unico. La sentenza offre degli argomenti e degli strumenti interpretativi interessanti sia per contribuire al dibattito sulla possibile regolamentazione della somministrazione di manodopera e del lavoro contingente e temporaneo, sia per indicare una possibile direzione al processo di integrazione economica e sociale in Europa che passi attraverso il superamento della frammentazione dei regimi lavoristici che favoriscono il *dumping* sociale.

PAROLE CHIAVE: Sentenza AFMB – *dumping* sociale – somministrazione transnazionale di manodopera – *letterbox companies* – intermediazione di manodopera – diritto europeo del lavoro.

1. Introduzione

Il 16 luglio 2020 la CGUE ha emesso una sentenza potenzialmente rivoluzionaria nel contesto attuale del diritto del lavoro in Europa. Per quanto sensazionalistica possa suonare quest’affermazione, appare evidente come la

* Postdoctoral researcher, Università di Lund e Senior Lecturer, Università di Kristianstad, andrea.iossa@hkr.se. L’autore ringrazia Mauro Gatti per i puntuali commenti di cui tale contributo ha beneficiato e lo Swedish Research Council for Health, Working Life and Welfare (FORTE) per aver generosamente finanziato la ricerca.

sentenza nel caso C-610/18 *AFMB*¹ contenga elementi in grado di fornire nuove indicazioni per la regolamentazione di un ambito spesso opaco come quello dell'intermediazione nella somministrazione di manodopera e del lavoro interinale. La somministrazione di manodopera è un settore che negli ultimi anni ha visto una crescita esponenziale dovuta in parte a motivi di carattere economico (si pensi ad esempio all'esternalizzazione delle attività non fondamentali da parte delle aziende²) e in parte ad una forte spinta verso la deregolamentazione che, in Europa come nel resto del mondo, ha favorito la creazione di una vasta gamma di agenzie specializzate³. La sentenza della CGUE sembra andare in direzione opposta. Come del resto anche suggerito dall'Avvocato generale nelle sue Conclusioni, la sentenza sembra infatti indicare la necessità di un ripensamento del quadro regolamentare «che tenga debitamente conto della realtà dei lavoratori nel mercato unico, nonché della complessità dei rapporti di lavoro dei nostri giorni»⁴. Si ritornerà su quest'aspetto in seguito nel presente contributo⁵.

La sentenza *AFMB* discute anche la questione dell'abuso di diritto nell'ordinamento giuridico europeo, in particolare in merito alla libertà di stabilimento. L'interpretazione della Corte a tal proposito avrà certamente una rilevanza non di poco conto sul dibattito in merito alla cosiddetta concorrenza normativa nell'UE⁶. Ciò nonostante, il presente commento si occuperà di tale aspetto unicamente per discuterne le possibili implicazioni da una prospettiva giuslavoristica al fine di immaginare, sulla base delle indicazioni della CGUE, delle correzioni al problema del *dumping* sociale⁷.

Per quanto possa offrire una sponda per una nuova spinta regolamentare della somministrazione di manodopera in un contesto come quello del mercato del lavoro contemporaneo caratterizzato dalle fosche tinte della precarietà dei rapporti di lavoro e della loro frammentazione contrattuale, la sentenza *AFMB* presenta anche degli aspetti di più immediato apprezzamento.

¹ CGUE, sentenza del 16 luglio 2020, C-610/18, *AFMB LTD e a. c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*.

² J. PECK, *Offshore, Exploring the Worlds of Global Outsourcing*, Oxford, 2017.

³ J. GORDON, *Global Labour Recruitment in a Supply Chain Context*, ILO Fair Recruitment Initiative Series 1/2015.

⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 26 novembre 2019, C-610/18, *AFMB*, punto 40.

⁵ V. *infra*, par. 3.

⁶ In merito a tale dibattito si veda F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the EU: Foundations, Tools and Implications – Introduction*, in *European Papers*, 2019, p. 123 ss.

⁷ V. *infra*, par. 4. Per ulteriori letture sulla questione dell'abuso di diritto nell'ordinamento europeo, si veda A. ADINOLFI, *La nozione di abuso di diritto nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 329 ss.; S. KAMANABROU, *Abuse of Law in the Context of EU law*, in *European Law Review*, 2018, p. 534 ss.

La decisione del giudice europeo, infatti, offre la possibilità di interrompere – o quantomeno rallentare – il “traffico” di lavoratori somministrati su di una rotta che, per quanto stravagante, negli ultimi anni era diventata piuttosto battuta – quella tra l’isola di Cipro ed i Paesi Bassi. Già nel 2016 un rapporto pubblicato dalla Confederazione Europea dei Sindacati aveva indicato tale rotta come prediletta per una serie di agenzie di lavoro interinale fittizie operanti come *letterbox companies* che formalmente figuravano come datori di lavoro di autotrasportatori che venivano poi impiegati da imprese di trasporti con sede nei Paesi Bassi, con l’obiettivo – palese o meno – di eludere le legislazioni nazionali in materia di lavoro e sicurezza sociale⁸. Quest’aspetto verrà trattato in seguito⁹. Prima di passare all’analisi dei vari aspetti sollevati in questa breve introduzione e di giungere ad alcune osservazioni conclusive, nel paragrafo successivo si darà conto della disputa da cui la sentenza ha avuto origine e si discuterà più nel dettaglio la decisione della CGUE.

2. La controversia e la decisione della Corte

La sentenza trae origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dalla Corte d’appello in materia di previdenza sociale e di funzione pubblica dei Paesi Bassi in una controversia tra, da un lato, AFMB Ltd, una società con sede a Cipro, e alcuni autotrasportatori internazionali, e, dall’altro, il Consiglio di amministrazione olandese della banca delle assicurazioni sociali (di seguito, “Svb”). La controversia riguarda il pagamento dei contributi previdenziali per gli autotrasportatori impiegati per trasporti internazionali assunti da AFMB e operanti nei Paesi Bassi in virtù di accordi di gestione della flotta conclusi da AFMB con alcune imprese di trasporto locali. In virtù dello *status* di autotrasportatori internazionali, AFMB aveva avanzato domanda al Svb per ottenere l’esenzione dal pagamento dei contributi previdenziali nei Paesi Bassi, essendo i dipendenti in questione assunti con contratto di lavoro di diritto cipriota. Il Svb aveva tuttavia respinto la domanda, stabilendo che la legge applicabile al rapporto di lavoro fosse quella olandese e quindi richiedendo alla società cipriota il pagamento dei contributi secondo la legislazione olandese in materia. Tale conclusione veniva raggiunta osservando che gli autotrasportatori, sebbene impiegati ai sensi del diritto del lavoro cipriota, risiedevano e lavoravano nei Paesi Bassi.

⁸ K. MCGAURAN, *The Impact of Letterbox-type Practices on Labour Rights and Public Revenue*, European Trade Union Confederation, 2016.

⁹ V. *infra*, par. 5.

Il rinvio pregiudiziale riguarda principalmente l'applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 sull'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e alle loro famiglie che si spostano all'interno della Comunità¹⁰ e del regolamento (CE) n. 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale¹¹ (di seguito, "i regolamenti"). La questione centrale riguarda la disciplina di situazioni in cui un lavoratore normalmente (e non in qualità di lavoratore distaccato¹²) esercita un'attività lavorativa, subordinata od autonoma, in due o più Stati membri – una situazione piuttosto comune per gli autotrasportatori internazionali. I due regolamenti stabiliscono che, in questi casi, il lavoratore debba essere soggetto a un solo regime di sicurezza sociale, che viene identificato coerentemente da entrambi in quello dello Stato membro in cui l'impresa di cui tali lavoratori sono dipendenti è registrata o ha la sua sede di attività.

A tal riguardo, il giudice del rinvio rileva che, prima di essere assunti dalla società AFMB, gli autotrasportatori internazionali coinvolti nella disputa non avevano mai vissuto né lavorato a Cipro e alcuni di loro risultavano persino essere stati dipendenti di quelle imprese con cui AFMB ha siglato accordi di gestione della flotta. Inoltre, viene anche rilevato come, durante il periodo del loro impiego presso AFMB, gli autotrasportatori avessero continuato a vivere nei Paesi Bassi, prestando attività lavorativa (ovvero guidando gli automezzi di trasporto) tra due o più Stati membri dell'UE o EFTA, senza tuttavia svolgere una parte sostanziale delle loro attività nei Paesi Bassi, come richiesto dai citati regolamenti per rendere applicabile la legge dello Stato di residenza dei lavoratori, ovvero Cipro. In conclusione, il giudice del rinvio chiede alla CGUE l'interpretazione delle disposizioni dei regolamenti in merito alla determinazione del datore di lavoro come requisito per stabilire il regime di previdenza sociale applicabile. In sostanza, la domanda cruciale è: chi deve essere considerato il datore di lavoro degli autotrasportatori in questione? La società AFMB con sede a Cipro, con cui i lavoratori avevano formalmente concluso i contratti di lavoro e che corrisponde stipendi e contributi in accordo con le società operative; oppure queste ultime, imprese di trasporto con sede nei Paesi Bassi, che «ha[nn]o]

¹⁰ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

¹¹ Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

¹² Per un'analisi sull'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori distaccati, si veda F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, *Posting of Workers: The Impact of Social Security Coordination and Income Taxation Law on Welfare States*, HIVA Working Paper, November 2015.

assunto l'interessato, [alle quali] l'interessato di fatto è a completa disposizione a tempo indeterminato, che esercita[no] di fatto autorità sull'interessato e sull[e] qual[i] gravano i costi salariali»¹³? Una controversia relativa all'identificazione del regime di sicurezza sociale applicabile si trasforma quindi in una disputa relativa all'identificazione del datore di lavoro in una situazione di somministrazione transfrontaliera di manodopera.

Dalla sentenza (nonché dalle conclusioni dell'Avvocato generale) emerge come il punto centrale riguardi la mancata definizione della nozione di datore di lavoro nel quadro normativo fissato dai due regolamenti. Le norme forniscono indicazioni per la risoluzione di situazioni proprie del diritto internazionale privato in cui legislazioni di Paesi differenti entrano potenzialmente in conflitto e hanno come obiettivo di facilitare la libera circolazione delle persone assicurando che i lavoratori, sia dipendenti che autonomi, che esercitano la libertà di movimento tra Stati membri siano coperti da un unico regime di sicurezza sociale ed evitando quindi l'applicazione della legislazione di più di uno Stato membro e una situazione di doppia tassazione che renderebbe meno vantaggiosa la libera circolazione. Tuttavia, osserva la Corte, tali regolamenti non chiariscono come determinare chi sia il datore di lavoro, il che è fondamentale per identificare la legge applicabile in situazioni come quelle in questione nella disputa tra AFMB e SvB, né tantomeno fanno riferimento alla legislazione o alla prassi nazionale al riguardo. Come rilevato dall'Avvocato generale al punto 39 delle conclusioni e confermato dalla Corte al punto 69 della sentenza, le differenze tra le legislazioni nazionali in merito alla nozione di datore di lavoro pregiudicano l'applicazione dei due regolamenti, alterando potenzialmente il trattamento uniforme di situazioni simili. Secondo la Corte, ne consegue la necessità di sviluppare un'interpretazione autonoma del concetto di datore di lavoro nel diritto europeo che ne garantisca un'applicazione uniforme nell'UE.

A tal riguardo, lo spunto interpretativo suggerito dalla Corte appare piuttosto semplice. La Corte afferma infatti che «di norma, la relazione tra un “datore di lavoro” e il suo “personale” retribuito implica tra essi l'esistenza di un vincolo di subordinazione»¹⁴, che comporta quindi un rapporto gerarchico. Nella sua essenza, una simile affermazione non arriva come una rivelazione. La nozione di subordinazione, che è alla base del riconoscimento giuridico del rapporto di lavoro, si fonda sul potere di controllo del datore di lavoro sul dipendente. In questo senso, già nel 1954, un autorevole giuslavorista come Otto Kahn-Freund definiva il luogo di lavoro come “una

¹³ CGUE, *AFMB*, cit., punto 31.

¹⁴ CGUE, *AFMB*, cit., punto 53.

monarchia assoluta” da democratizzare attraverso le tutele offerte dal quadro regolamentare del diritto del lavoro e, ancor di più, attraverso la sindacalizzazione e l’esercizio della contrattazione collettiva¹⁵. Altri giuslavoristi altrettanto insigni hanno osservato che il rapporto di subordinazione si esprime principalmente attraverso il potere del datore di lavoro di stabilire contenuti, tempistiche e luoghi della prestazione lavorativa che i lavoratori dipendenti sono tenuti a svolgere sulla base dei vincoli contrattuali del contratto individuale¹⁶. Pertanto, è generalmente stabilito che il rapporto di lavoro è un rapporto gerarchico. Tale gerarchia è persino riconosciuta dalla legge, che la mitiga per tutelare la parte più debole (ossia il lavoratore), ma la codifica come la forma giuridica del rapporto di lavoro.

Se in senso generale la Corte non sembra scoprire nulla di nuovo, ciò che appare come potenzialmente rivoluzionario nelle osservazioni della Corte sull’impianto fondante del rapporto di lavoro è il contesto in cui queste vengono avanzate: una situazione in cui l’impresa che appare formalmente, tramite il contratto di lavoro, come il datore di lavoro, è diversa dall’azienda che effettivamente “impiega” i lavoratori. Al fine di rilevare chi sia il datore di lavoro tra queste due entità, la Corte si avvale di criteri già definiti in una sentenza del 1970 – *Manpower*¹⁷ – relativa all’operato di un’agenzia di lavoro interinale in un caso *ante litteram* di distacco transfrontaliero di lavoratori per la somministrazione di manodopera. In tale sentenza, la Corte afferma che, al fine di determinare l’esistenza di un rapporto di lavoro, occorre identificare quale impresa abbia effettivamente in carico il pagamento del salario dei lavoratori ed il potere ultimo di licenziarli per inadempimenti di cui i lavoratori si siano resi responsabili durante la prestazione di lavoro, anche qualora ciò si verificasse negli uffici o locali di un’altra azienda¹⁸. Sulla base di questa affermazione, la CGUE afferma in *AFMB* che, «a prescindere dal tenore letterale dei documenti contrattuali», per individuare il vero datore di lavoro è necessario identificare «l’ente alla cui autorità effettiva è sottoposto il lavoratore, sul quale grava, di fatto, il costo salariale

¹⁵ O. KAHN-FREUND, *Legal framework*, in A. FLANDERS, H. CLEGG (eds) *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Basil, 1954, p. 42 ss.

¹⁶ B. VENEZIANI, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. HEPPLÉ (ed.), *The Making of Labour Law in Europe: A Comparative Study of Nine Countries Up to 1945*, London, 1986, p. 31 ss.

¹⁷ CGUE, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 35-70, *S.A.R.L. Manpower c. Caisse primaire d’assurance maladie de Strasbourg*.

¹⁸ Ivi, punto 18.

corrispondente e che dispone del potere effettivo di licenziare tale lavoratore»¹⁹.

Sulla base delle informazioni ricevute dal giudice del rinvio, la Corte rileva che, sebbene formalmente alle dipendenze della società AFMB con sede a Cipro, in realtà i costi dei salari degli autotrasportatori erano a carico delle imprese di trasporto con sede nei Paesi Bassi; le quali pagavano una commissione ad AFMB per gestire il lavoro relativo al pagamento degli stipendi. Sempre sulla base delle osservazioni presentate del giudice olandese, appare evidente come le imprese di trasporto avessero la possibilità di decidere se un autotrasportatore fosse necessario o meno in base alle esigenze di trasporto, avendo quindi le imprese in questione anche il potere ultimo sul possibile licenziamento – ossia sul mancato ingaggio del camionista. In un'ulteriore nota, la Corte aggiunge che «conformemente alle constatazioni effettuate dal giudice del rinvio, “la situazione quotidiana non è cambiata o lo è di poco dopo l'intervento dell'AFMB nella relazione tra gli [autotrasportatori] e [tali imprese]”, poiché questi ultimi continuano, di fatto, ad essere alla completa disposizione e sottoposti all'autorità di dette imprese»²⁰. In conclusione, la Corte rileva quindi che, avendo “l'autorità effettiva” sugli autotrasportatori²¹, le imprese di trasporto con sede nei Paesi Bassi sono da ritenersi i veri datori di lavoro.

3. Ripensare la regolamentazione del lavoro temporaneo

La questione dell'autorità del datore di lavoro e della sua trasformazione è centrale nel dibattito circa la flessibilizzazione dell'occupazione e il lavoro nella cosiddetta *gig economy*, espressione della versione digitale del capitalismo delle piattaforme²². Mentre la retorica dell'economia delle piattaforme ci ripete che la figura del datore di lavoro è ormai scomparsa, lasciando liberi i lavoratori di organizzare autonomamente la prestazione lavorativa, indagini empiriche hanno al contrario dimostrato un inasprimento del carattere autoritario del rapporto di lavoro²³. Sentenze di corti nazionali in diversi Paesi

¹⁹ CGUE, *AFMB*, cit., punto 61.

²⁰ CGUE, *AFMB*, cit., punto 78.

²¹ CGUE, *AFMB*, cit., punto 75.

²² Sul punto sia consentito rimandare a A. IOSSA, *Anti-Authoritarian Employment Relations? Labour Law from an Anarchist Perspective*, in A. BLACKHAM, M. KULLMANN, A. ZBYSZEWSKA (eds), *Theorising Labour Law in a Changing World Towards Inclusive Labour Law*, Oxford, 2019, p. 223 ss.

²³ A.J. WOODS, *Despotism on Demand. How Power Operates in the Flexible Workplace*, Ithaca, 2020.

del mondo così come una vasta gamma di articoli accademici sostengono che, nonostante la presunta autonomia della prestazione lavorativa rivendicata dalle piattaforme, i lavoratori digitali e delle piattaforme sono ampiamente esposti all'autorità di tali aziende²⁴. Ad esempio, le piattaforme che offrono servizi di trasporto e consegna impongono l'accettazione dei clienti, stabiliscono i percorsi da seguire durante la guida, monitorano i lavoratori tramite dispositivi digitali, gestiscono i trasferimenti di denaro tra clienti e lavoratori, e hanno infine il potere unilaterale di “disconnettere” i lavoratori (ossia di licenziarli) in caso di comportamento scorretto o di inadempienze²⁵. Oltre agli esempi più noti di piattaforme che offrono servizi di trasporto passeggeri e di consegna a domicilio di cibo, il mondo delle aziende digitali è variegato e comprende piattaforme che reclutano lavoratori per altre aziende, come ad esempio nel caso dei liberi professionisti che trovano ingaggi per aziende attraverso altre piattaforme online. In tal caso, il lavoratore è in linea di principio considerato come lavoratore autonomo, poiché né la piattaforma digitale né l'azienda che beneficia delle prestazioni del lavoratore possono legalmente essere identificate come datore di lavoro²⁶. È stato quindi affermato che questi tipi di piattaforme dovrebbero essere trattati e regolamentati come agenzie di lavoro private²⁷.

Una tale evoluzione dei rapporti di lavoro comporta da un lato l'offuscamento dei contorni giuridici del rapporto di lavoro così come pensato e identificato dal diritto del lavoro, dall'altro la dissoluzione del posto di lavoro come luogo fisico della prestazione lavorativa. In tale contesto, la questione di chi sia l'effettivo datore di lavoro si presenta come primaria e di attualità. La sentenza *AFMB* offre nuovi spunti per questo dibattito. La CGUE sembra infatti suggerire di porsi le seguenti domande: chi ha l'autorità per decidere quando il lavoratore non è più necessario, cioè quando può essere licenziato? Chi paga effettivamente il salario del lavoratore? Sarebbe difficile sostenere che un intermediario, sia esso una piattaforma digitale, un'agenzia di reclutamento o un'impresa di somministrazione di

²⁴ V. PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata attraverso le piattaforme*, in *Labour & Law Issues*, 2019, p. 43 ss.; M.A. CHERRY, *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2016, p. 577 ss.

²⁵ A questo proposito, si veda anche CGUE, sentenza del 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi contro Uber Systems Spain SLElite Taxi*, in particolare al punto 39.

²⁶ Sul punto si veda V. DE STEFANO, I. DURRI, C. STYLOGIANNIS, M. WOUTERS, *Platform Work and the Employment Relationship*, ILO Working Paper, 31 marzo 2021.

²⁷ V. DE STEFANO, M. WOUTERS, *Should Digital Labour Platforms be Treated as Private Employment Agencies?*, ETUI Foresight Brief, 7 aprile 2019.

manodopera, che recluta un lavoratore per una azienda terza sia quello che paga lo stipendio, poiché, come nel caso AFMB, avrebbe in gestione i soldi che la azienda-cliente pagherebbe per il servizio prestato temporaneamente dal lavoratore.

La logica del “lavoro temporaneo” è di fatto il *core business* dell’attività economica svolta da agenzie di reclutamento, agenzie di lavoro interinale, società di fornitura di personale e altri intermediari di lavoro. L’idea che un’azienda abbia il diritto di “utilizzare” il lavoro unicamente per il tempo necessario a svolgere la prestazione ma non più a lungo, è alla base dei diversi processi che hanno contribuito alla flessibilizzazione del mercato del lavoro. In questa evoluzione, il “datore di lavoro” si trasforma in un “consumatore” di lavoro. La sentenza AFMB sembra indicare una direzione diversa, ribadendo invece che l’impresa che “utilizza” il lavoro è anche l’azienda che giuridicamente “impiega” i lavoratori che svolgono la prestazione, con tutti gli adempimenti ed obblighi che ne derivano. Nella disputa da cui AFMB ha origine, tali adempimenti riguardano il pagamento di contributi previdenziali secondo il diritto olandese della sicurezza sociale, ma in altre situazioni possono estendersi anche agli obblighi derivanti dal quadro regolamentare del diritto del lavoro e sindacale. Ad esempio, potrebbe essere possibile utilizzare gli argomenti forniti dalla CGUE per sostenere la necessità di una regolamentazione uniforme delle condizioni di lavoro nelle *supply chains*²⁸ e nelle cosiddette *umbrella companies*²⁹ – così come in tutte le varie forme complesse di organizzazione aziendale in cui il vero ed ultimo datore di lavoro è difficile da identificare a causa della frammentazione dei regimi occupazionali in cui diversi lavoratori sono impiegati all’interno della stessa attività produttiva³⁰. La sentenza AFMB potrebbe così avere un impatto significativo nell’orientare il dibattito sulla flessibilità del mercato del lavoro. A fronte di argomenti a favore dell’efficienza e razionalità economica della somministrazione temporanea di manodopera operata da agenzie interinali e altri intermediari, si potrebbero contrapporre argomenti relativi agli obblighi di assunzione delle imprese che traggono profitto dal lavoro della manodopera somministrata. Tali argomenti, al di là dei fondamenti etici ed

²⁸ R. ANDRIJASEVIC, T. NOVITZ, *Supply Chains and Unfree Labor: Regulatory Failure in the Case of Samsung Electronics in Slovakia*, in *Journal of Human Trafficking*, 2020, p. 195 ss.

²⁹ A. WESTREGÅRD, *Looking for the (fictitious) Employer – Umbrella Companies: The Swedish Example*, in U. BECKER, O. CHESALINA (eds), *Social Law 4.0. New Approaches for Ensuring and Financing Social Security in the Digital Age*, Baden Baden, 2021, p. 203 ss.

³⁰ G. GAUDIO, *Adapting Labour Law to Complex Organisational Settings of the Enterprise: Why Rethinking the Concept of the Employer is not Enough*, in *Industrial Law Journal*, 9 aprile 2020.

ideologici, avrebbero il sostegno di una fonte giuridica sovranazionale autorevole come la CGUE ed una ragione giuridica come la necessità di assicurare l'uniformità nell'applicazione del diritto – nazionale così come europeo.

4. Spunti per una discussione su somministrazione di manodopera e *dumping* sociale in Europa

In aggiunta al contributo per il dibattito circa la questione dell'identificazione del datore di lavoro, la sentenza *AFMB* offre ulteriori spunti per discutere l'utilizzo di pratiche ed operazioni di esternalizzazione e subappalto transfrontalieri nella somministrazione di manodopera in Europa. La frammentazione delle condizioni di lavoro e l'elusione delle regole giuslavoristiche del mercato del lavoro sono conseguenze ben note delle pratiche di esternalizzazione e subappalto nel contesto del mercato unico europeo³¹. La sentenza *AFMB* mette tuttavia in evidenza un'ulteriore dimensione: l'esternalizzazione e il subappalto della somministrazione di manodopera tramite operazioni di delocalizzazione. Dai fatti del caso emerge che le società di trasporto situate nei Paesi Bassi avevano di fatto “delocalizzato” il lavoro ed i suoi costi semplicemente esternalizzando i contratti di lavoro a una società con sede a Cipro. Il subappalto per il reclutamento di manodopera oltre confine è una pratica recente ma non del tutto nuova. Si verifica in settori come l'edilizia³², l'agricoltura³³, la logistica³⁴, l'aviazione civile per il reclutamento di personale di bordo e piloti³⁵, la ristorazione sui treni³⁶, nonché nel trasporto su strada, come mostrato nel caso di *AFMB*. Il diritto del mercato interno dell'UE non impedisce il subappalto e le operazioni di esternalizzazione. Attraverso il quadro normativo sulle libertà economiche di

³¹ A. IOSSA, M. PERSDOTTER, *Cross-border Social Dumping as a Game of Jurisdiction – Towards a Legal Geography of Labour Relations in the EU Internal Market*, in *Journal of Common Market Studies*, 4 febbraio 2021.

³² E. CARO, L. BERNTSEN, N. LILLIE, I. WAGNER, *Posted Migration and Segregation in the European Construction Sector*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2015, p. 1600 ss.

³³ L. PALUMBO, A. CORRADO (eds), *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labor in Germany, Netherlands, and Sweden*, Open Society European Policy Institute, 2020.

³⁴ J. DE LARA, *Inland Shift. Race Space, and Capital in Southern California*, Oakland, 2018.

³⁵ Y. JORENS, D. GILLIS, L. VALCKE, J. DE CONINCK, *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, *European Social Dialogue*, European Commission, 2015.

³⁶ CGUE, sentenza del 19 dicembre 2019, C-16/18, *Michael Dobersberger c. Magistrat der Stadt Wien*.

stabilimento e di prestazione di servizi e distacco dei lavoratori³⁷, contribuisce invece alla costruzione di quelle che possono essere definite “catene di somministrazione di manodopera” – ossia assemblaggi transfrontalieri in cui il lavoro costituisce l’oggetto di complesse, spesso formalizzate, transazioni tra imprese che si muovono oltrepassando i confini nazionali³⁸. Ciò che appare interessante nella sentenza *AFMB* è l’indicazione da parte della CGUE che la possibile regolamentazione della somministrazione transnazionale di manodopera possa essere ostacolata da una lacuna nel quadro normativo del mercato interno dell’UE: ovvero quando si verifichi tra regimi caratterizzati da evidenti differenziali normativi.

In un passaggio della sentenza, la CGUE sottolinea che l’obiettivo dei due regolamenti in questione verrebbe pregiudicato se, sulla base della mancata definizione di “impresa” nei suddetti regolamenti, fosse agevole «per le imprese di fare uso di espedienti puramente artificiali al fine di utilizzare la normativa dell’Unione al solo scopo di trarre vantaggio dalle differenze esistenti tra i regimi nazionali» (punto 69). La Corte si spinge anche oltre affermando che «un siffatto uso di tale normativa rischierebbe di esercitare una pressione al ribasso sui sistemi previdenziali degli Stati membri e eventualmente, in definitiva, sul livello di tutela fornito da questi ultimi» (punto 69). Queste osservazioni sembrano suggerire un ulteriore episodio nella saga relativa alla concorrenza normativa nell’UE³⁹. La Corte decide tuttavia di non esplorare oltre questo percorso, ma sembra indicare di condividere quanto affermato dall’Avvocato generale nelle sue conclusioni. L’Avvocato generale riconosce in primo luogo che l’accordo attraverso il quale la società *AFMB* appare come datore di lavoro non riflette la realtà e i criteri effettivi del rapporto di lavoro. In secondo luogo, osserva che tale accordo è stato posto in essere al fine di eludere l’applicazione del regime di previdenza sociale olandese in modo che le diverse società coinvolte potessero massimizzare i profitti riducendo i costi del lavoro. Di conseguenza, l’Avvocato generale conclude che il dispositivo giuridico in questione costituirebbe un abuso del diritto dell’UE (punto 82).

A tal proposito sembra opportuno riservare alcune riflessioni sulle osservazioni avanzate dalla Corte e dall’Avvocato generale da una prospettiva giuslavoristica. La nozione di “pressione al ribasso” – o “*race to the bottom*”

³⁷ Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi.

³⁸ Si veda anche A. IOSSA, *Posting Highly Mobile Workers: Between Labour Law Territoriality and Supply Chains of Logistics Work – A Critical Reading of Dobersberger*, in *Industrial Law Journal*, 17 maggio 2021.

³⁹ F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the EU*, cit.

– viene solitamente utilizzata in relazione alla questione del *dumping* sociale per indicare il rischio che la possibilità per le aziende di operare strategicamente attraverso regimi con differenziali di costo del lavoro porti a una diminuzione degli *standard* sociali e del lavoro nel contesto nazionali⁴⁰. Nella sentenza *AFMB*, la Corte sembra condividere questo punto di vista. Si tratta certamente di uno sviluppo interessante, poiché sembra porsi in contrasto con l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza della CGUE secondo cui i differenziali di costo tra Stati membri sarebbero effettivamente incentivi all'esercizio delle libertà economiche transfrontaliere. Sia in casi famosi, come *Viking Line*⁴¹ e *Laval*⁴², sia in altri più recenti, come *Bundesdruckerei*⁴³, i differenziali tra i costi del lavoro (anche in termini di differenze tra standard normativi) tra gli Stati membri sono stati indicati come elementi che offrono alle imprese dei vantaggi concorrenziali che rendono l'esercizio delle libertà economiche conveniente. Certamente, i differenziali cui fa riferimento la Corte nella sentenza *AFMB* riguardano le norme nazionali sul riconoscimento giuridico del datore di lavoro piuttosto che le condizioni socioeconomiche o le retribuzioni tra gli Stati membri. Tuttavia, se l'obiettivo è quello di evitare, come afferma la Corte, di ridurre il “livello di tutela fornito” dai sistemi nazionali di sicurezza sociale, si potrebbe sostenere allo stesso modo che un effetto per lo più simile – ovvero un deterioramento degli *standard* di lavoro – possa derivare da altri tipi di accordi e operazioni aziendali di carattere transfrontaliero che sfruttano i differenziali salariali e, quindi, il *dumping* sociale.

5. Un sostegno alle campagne sindacali contro le *letterbox companies*

Combinando le linee argomentative suggerite sopra circa la questione della “pressione al ribasso” degli *standard* sociali con i criteri definiti dalla Corte per identificare il datore di lavoro nelle situazioni transfrontaliere, la sentenza *AFMB* fornisce anche argomenti per contribuire al dibattito sulle

⁴⁰ M. BERNACIACK, *Social Dumping and the EU Integration Process*, ETUI Working Paper 6/2014; L. BERNTSEN, N. LILLIE, *Breaking the Law? Varieties of Social Dumping in a Pan-European Labour Market*, in M. BERNACIACK (ed.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Abington, 2015, p. 50 ss.

⁴¹ CGUE, sentenza del 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, punto 72.

⁴² CGUE, sentenza del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, punto 99.

⁴³ CGUE, sentenza del 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund*, punto 34.

operazioni svolte da *letterbox companies* nel contesto del mercato unico⁴⁴ – ed in particolare nel settore del trasporto su strada. Un “*core business*” di recente e rapido sviluppo di queste società nel contesto europeo è la somministrazione transfrontaliera di manodopera – un servizio operato principalmente sfruttando i differenziali dei costi derivanti dalle legislazioni in materia di sicurezza sociale e di lavoro. La proliferazione di queste aziende nel settore dell'autotrasporto è un problema che i sindacati nazionali ed europei hanno affrontato negli ultimi anni. Nell'estate del 2017, il sindacato belga dei trasporti AVBB-BTB / FGTTB-UBT ha lanciato una campagna contro le operazioni di subappalto effettuate con regolarità dalla multinazionale svedese IKEA⁴⁵, la quale esternalizza i propri servizi di trasporto a società registrate negli Stati membri dell'Europa orientale, dove il costo del lavoro è decisamente più basso. La Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) ha sostenuto l'iniziativa lanciando la campagna *Fair Transport Europe*⁴⁶, volta a combattere gli effetti del *dumping* sociale sulle condizioni di lavoro degli autotrasportatori. In molti dei casi denunciati dai sindacati, gli autotrasportatori assunti da società situate nei Paesi dell'Europa orientale, ma per lo più operanti sulle strade di Germania, Belgio e Paesi Bassi, sarebbero pagati con stipendi molto inferiori al salario minimo garantito agli autotrasportatori assunti con contratti locali e avrebbero una copertura limitata dell'assicurazione sociale e dei sussidi occupazionali disponibili. I promotori della campagna hanno inoltre denunciato le pessime condizioni lavorative degli autotrasportatori, i quali spesso sono costretti (per risparmiare) a trascorrere settimane intere sull'automezzo, dormendo a bordo e avendo scarso accesso ai servizi sanitari di base.

Questo potrebbe non essere il caso degli autotrasportatori formalmente impiegati da AFMB, poiché tutti vivevano e operavano permanentemente nei Paesi Bassi. Tuttavia, il caso mostra le diverse modalità in cui il subappalto può avvenire e le conseguenze che il ricorso a *letterbox companies* nel settore del trasporto su strada ha sulla concorrenza tra imprese così come sulle condizioni di lavoro. Questi aspetti sono al centro del “Pacchetto

⁴⁴ K.E. SØRENSEN, *The Fight Against Letterbox Companies in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 85 ss.; A. LO FARO, *Posting from a Letterbox. Transnational Mobility of Workers, Social Dumping and the Economic Fundamental Freedoms' Veil*, in A.-C. HARTZÉN, A. IOSSA, E. KARAGEORGIU (eds), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe: Constitutional Tensions for EU Integration*, Cheltenham, (in corso di pubblicazione).

⁴⁵ “The other side of the IKEA logo”, 21 agosto 2017, sul sito della federazione sindacale www.btb-abvv.be.

⁴⁶ “Fair Transport for Europe. Unions and workers together for dignity at work”, European Transport Workers' Federation, www.etf-europe.org.

mobilità⁴⁷ – un insieme di direttive e regolamenti adottati nel luglio del 2020 che rivedono le norme sul trasporto stradale internazionale e sul cabotaggio nell'UE. In particolare, il “Pacchetto” contiene una direttiva dedicata all'applicazione delle regole sul distacco transfrontaliero di lavoratori ai conducenti impiegati nel settore del trasporto su strada⁴⁸. Tale direttiva dimostra la volontà delle istituzioni europee di affrontare il *dumping* sociale in un settore cruciale nell'economia europea (ancor di più alla luce degli effetti della pandemia del 2020) come quello del trasporto di merci su strada.

6. Brevi osservazioni conclusive

Come sviluppato nel corso del presente contributo, la sentenza della CGUE nel caso *AFMB* offre degli argomenti e degli strumenti interpretativi piuttosto interessanti sia per contribuire al dibattito sulla possibile regolamentazione della somministrazione di manodopera e del lavoro contingente e temporaneo, sia per indicare una possibile direzione al processo di integrazione economica e sociale in Europa che passi attraverso il superamento della frammentazione dei regimi lavoristici che favoriscono il *dumping* sociale, sia, infine, per un attacco deciso alle operazioni delle *letterbox companies* che forniscono lavoratori in regime di subappalto – e non solamente nel settore del trasporto su strada.

In un'ottica più ampia, la sentenza sembra porsi nel solco degli interventi normativi che il legislatore europeo ha portato a termine negli ultimi anni – come, ad esempio, la revisione della direttiva sul distacco⁴⁹ oppure il già citato “Pacchetto mobilità”. Un ulteriore aiuto in tal senso potrebbe venire dall'istituzione nel 2019 dell'Autorità europea del lavoro (ELA), che ha il mandato di «assistere gli Stati membri e la Commissione nell'effettiva applicazione ed esecuzione del diritto dell'Unione in materia di mobilità dei

⁴⁷ Comunicato stampa 175/20 del Consiglio del 7 aprile 2020, Pacchetto sulla mobilità: il Consiglio adotta la riforma dell'autotrasporto.

⁴⁸ Direttiva (UE) 2020/1057 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 luglio 2020, che stabilisce norme specifiche per quanto riguarda la direttiva 96/71/CE e la direttiva 2014/67/UE sul distacco dei conducenti nel settore del trasporto su strada e che modifica la direttiva 2006/22/CE per quanto riguarda gli obblighi di applicazione e il regolamento (UE) n. 1024/2012.

⁴⁹ Direttiva (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. In merito si veda, M. ROCCA, *Stepping Stones Over Troubled Waters. Recent Legal Evolutions and the Reform of the Posting of Workers Directive*, in N. LILLIE, J. ARNHOLTZ (eds), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, Abingdon, 2020, p. 167 ss.

lavoratori sul territorio dell'Unione e di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale all'interno dell'Unione»⁵⁰. Tuttavia, il lavoro dell'ELA non sembra poter contribuire ad un'effettiva armonizzazione delle norme (soprattutto in materia sociale e di protezione del lavoro) negli Stati membri dell'UE. La sentenza *AFMB*, invece, sembra suggerire che, per evitare la “pressione al ribasso” e il deterioramento delle condizioni di lavoro, occorre garantire regole comuni nel mercato comune, affrontando in primo luogo i presupposti che permettono pratiche e operazioni aziendali opache che traggono vantaggio dalle disparità tra i regimi lavoristici e di sicurezza sociale degli Stati membri.

Un primo inevitabile e fondamentale passaggio non può che essere la regolamentazione della somministrazione di manodopera, da effettuare possibilmente garantendo la riduzione dell'impatto che le pratiche di esternalizzazione e subappalto hanno sulle pratiche di assunzione, sulla frammentazione contrattuale (anche a livello dei contratti collettivi), sulla precarietà dell'impiego, e di conseguenza sulle condizioni di lavoro. Alla luce dell'evoluzione sia organizzativa che geografica delle pratiche di esternalizzazione e subappalto, il diritto europeo potrebbe essere dotato di uno strumento legislativo adatto a garantire che tali pratiche non vengano intraprese con l'unico scopo di aggirare la legislazione sia europea che nazionale ovvero di esercitare *dumping* sociale e creare disuguaglianze nel mercato del lavoro. Gli strumenti attuali infatti lasciano ampie zone grigie. Da un lato la direttiva sul lavoro interinale⁵¹ non appare all'altezza di una dimensione transnazionale della somministrazione di manodopera, anche a causa dell'ambito applicativo limitato ai rapporti di lavoro con agenzie interinali⁵². Le *letterbox companies* proliferano infatti in un mercato interno sempre più orientato alla prestazione dei servizi, dove la distinzione tra la detta prestazione e la somministrazione di manodopera finalizzata alla prestazione può apparire confusa⁵³. Dall'altro lato la direttiva sul distacco, per quanto includa nel suo ambito applicativo la somministrazione transnazionale di manodopera, non

⁵⁰ Regolamento (UE) 2019/1149 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, che istituisce l'Autorità europea del lavoro, art. 1, par. 2.

⁵¹ Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

⁵² Già critici su tale aspetto N. COUNTOURIS, R. HORTON, *The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise?*, in *Industrial Law Journal*, 2009, p. 329 e ss.

⁵³ Sul punto, T. NOVITZ, *Evolutionary Trajectories for Transnational Labour Law: Trade in Goods to Trade in Services?*, in *Current Legal Problems*, 2014, p. 239 e ss.; anche A. IOSSA, *Posting Highly Mobile Workers*, cit., p. 25.

garantisce parità di condizioni e trattamento ai lavoratori distaccati⁵⁴, avendo peraltro le basi giuridiche nella libertà di prestazione di servizi piuttosto che nelle norme del Trattato in materia di politica sociale⁵⁵. Un possibile intervento sulla base dell'art. 153 TFUE sarebbe anche auspicabile per dare applicazione al rinnovato impegno dell'UE verso la garanzia di condizioni di lavoro dignitose ed eque espresso nel secondo capo del Pilastro europeo dei diritti sociali adottato nel 2017⁵⁶. In definitiva, un intervento di tale portata non avrebbe altro risultato se non quello di riaffermare uno dei principi fondamentali del diritto internazionale, stabiliti dalla Costituzione del 1919 dell'Organizzazione internazionale del lavoro: il lavoro non è una merce.

⁵⁴ M. HOUWERZIJL, L. BERNTSEN, *Posting of Workers. From a Blurred Notion Associated with "Cheap Labour" to a Tool for "Fair Labour Mobility"?*, in N. LILLIE, J. ARNHOLTZ (eds), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, Abingdon, 2020, p. 149.

⁵⁵ A. IOSSA, *Posting Highly Mobile Workers*, cit., p. 18.

⁵⁶ Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali (2017/C 428/09).

The Impact of the *Schrems II* Judgment on International Data Transfers

ISABELLA OLDANI*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The background and findings of the case. – 3. Some first reactions to the judgment. – 4. The impact of *Schrems II* on (other) data transfer tools. – 5. The implementation of additional safeguards. – 6. Conclusion.

ABSTRACT: In its landmark judgment in *Schrems II*, the Court of Justice of the European Union invalidated the Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 on the adequacy of the protection provided by the Privacy Shield Decision. This article first analyses the background of the *Schrems II* judgment and the grounds on which the CJEU has declared, on the one hand, the invalidity of the Privacy Shield decision and, on the other, the validity of Standard Contractual Clauses as a mechanism for international data transfers. The impact of the judgment on other data transfer tools is also analysed as well as the increased responsibility on data exporters in ensuring the effectiveness of existing legal bases for transfers. This article then delves into the supplementary measures that companies are required to implement in the event that, when analysing the “circumstances” of the transfer, they conclude that the level of protection offered by Standard Contractual Clauses (SCCs) may be undermined by the third-country law to which the data recipient is subject. The article concludes that the judgment seems to be in line with the European Commission’s commitment to promoting global convergence in the area of data protection by placing the EU standards as a reference point at the international level. The importance of striking a balance between the need to assert the fundamental values recognised in the EU legal order on the one hand and the need to allow interactions with other parts of the world is also highlighted.

KEYWORDS: GDPR – *Schrems II* – data transfer – EU law – data protection – supplementary measures.

1. Introduction

On 16th July 2020, in its landmark judgment in *Schrems II*¹, the CJEU invalidated the Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 on the adequacy of the protection provided by the EU-US Privacy Shield (the Privacy

* PhD in International Studies, University of Trento, isabella.oldani@unitn.it.

¹ CJEU, judgment of 16 July 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*.

Shield Decision)². As a result, thousands of companies can no longer rely on the Privacy Shield Decision as a legal basis for transferring personal data from the EU to the US. In its judgment, the CJEU also affirmed the validity of Standard Contractual Clauses (SCCs) as a data transfer mechanism for international data transfers, but with a few conditions: companies are required to assess the data importer's ability to comply with the contractual arrangements embedded in SCCs and adduce additional safeguards where appropriate. The implications of the case are much wider than just the invalidation of the Privacy Shield Decision. The judgment has important implications on the other tools that compose the data transfer toolbox offered by the General Data Protection Regulation (GDPR) and has raised uncertainties on the future of international data transfer more broadly. The present contribution has been drafted in the aftermath of the *Schrems II* judgment and has been last updated in October 2020, when specific guidelines from the competent data protection authorities on how to deal with international data transfers were still much awaited.

2. The background and findings of the case

The case arose back in 2013 from a complaint brought to the Data Protection Commission (*i.e.*, the Irish Data Protection Authority) by Maximilian Schrems, an Austrian national and Facebook user since 2008. In his complaint, Mr. Schrems requested the Data Protection Commission to prohibit the transfer of his personal data from Facebook Ireland to the US servers belonging to Facebook Inc. In his complaint, Mr. Schrems contended that the US legal framework did not ensure an adequate level of protection to the transferred data. In this regard, he referred to Snowden's revelations about the mass surveillance activities conducted by the US public authorities, and in particular by the National Security Agency. In 2015, Mr. Schrems reformulated his complaint to the Data Protection Commission after the CJEU's decision in *Schrems I*³, in which the CJEU invalidated the Safe Harbour, the predecessor of the Privacy Shield Decision⁴. To overcome such invalidation,

² Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield.

³ CJEU, judgment of 6 October 2015, C-362/14, *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*.

⁴ For a comment on the case, see M. NINO, "La Corte di giustizia UE dichiara l'invalidità del sistema di *Safe Harbour*: La sentenza *Schrems*", *SIDIBlog*, 24 October 2015.

Facebook, like many other companies, switched to SCCs in order to keep the flow of data from the EU to the US alive. SCCs are contracts between EU data exporters and non-EU data importers which aim to regulate the transfer of data between the two entities, their respective obligations and liabilities, and third-party beneficiary rights (*i.e.*, the rights that data subjects can exercise against the data exporter, the data importer and, under certain circumstances, even against sub-processors).

In his reformulated complaint (which then led to the *Schrems II* judgment), Mr. Schrems contested this extensive resort to SCCs considering that «there is no judicial remedy which would allow the data subject to take appropriate action to protect his personal data rights» and that «his personal data controlled by Facebook and processed by Facebook Inc. is at the very least “made available” to US government authorities under various known and unknown legal provisions and spy programmes such as the “PRISM” programme»⁵. In light of this, Mr. Schrems asked the Data Protection Commission to prohibit or suspend the transfer of his personal data to the United States on the basis of SCCs. Taking the view that the said complaint was raising questions about the validity of Commission Decision 2010/87/EU on standard contractual clauses for the transfer of personal data to non-EU processors⁶ (2010 SCCs), the Data Protection Commission brought an action before the Irish High Court in order for the Court to refer the case to the CJEU. The Irish High Court then referred several questions to the CJEU for a preliminary ruling concerning the validity of 2010 SCCs and the Privacy Shield Decision⁷.

As for the validity of 2010 SCCs, the Irish High Court asked whether 2010 SCCs are capable of providing an adequate level of protection and are hence valid in the light of Articles 7, 8, and 47 of the Charter of Fundamental Rights (the Charter), given that those clauses do not bind the public authorities in the third countries to which data are transferred. In its *Schrems II* judgment, the CJEU acknowledged that those clauses are (only) binding on the parties to the contract, *i.e.*, the EU data exporter and the non-EU data importer. At the same time, the CJEU held that the validity of SCCs is not called into

⁵ The High Court Commercial, Request for a preliminary ruling of 12 April 2018, *The Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems*, para. 17.

⁶ Commission Decision 2010/87/EU of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council.

⁷ Reference for a preliminary ruling from the High Court (Ireland) of 9 May 2018, C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems*.

question by the fact that, due to their inherently contractual nature, those clauses are unable to bind the public authorities in the third country in question. Rather, the validity of the Commission decision adopting 2010 SCCs depends on whether it includes «effective mechanisms that make it possible, in practice, to ensure compliance with the level of protection required by EU law and that transfers of personal data pursuant to the clauses of such a decision are suspended or prohibited in the event of the breach of such clauses or it being impossible to honour them»⁸. In the Court's view, these mechanisms are indeed provided by SCCs. Precisely, these clauses include the parties' obligation to verify, prior to transfer, whether the level of protection guaranteed by the SCCs can be respected in the third country in question (SCCs, Clause 4(a) and Clause 5(a) and (b)), the data importer's obligation to inform the data exporter of its inability to comply with SCCs (Clause 5(a)) and of any «legally binding request for disclosure of the personal data by a law enforcement authority unless otherwise prohibited» (Clause 5(d)(i)), and the data controller's right to suspend the data transfer or terminate the contract where the data recipient is no longer able to comply with the contractual obligations set out under SCCs (Clause 5(a) and (b)).

At the same time, the CJEU stressed that, depending on the legal framework of each third country, it may be necessary to supplement the guarantees provided in SCCs with some «additional safeguards» if the data controller exporting the data concludes, on a case-by-case basis, that SCCs alone are unable to ensure compliance with the level of protection required under EU law. It is hence the responsibility of the data controller (with the assistance of the data importer, if necessary), to verify «whether the law of the third country of destination ensures adequate protection, under EU law, of personal data transferred pursuant to standard data protection clauses, by providing, where necessary, additional safeguards to those offered by those clauses»⁹. Where the company exporting the data is unable to take those additional safeguards, the data exporter «or, failing that, the competent supervisory authority, are required to suspend or end the transfer of personal data to the third country concerned»¹⁰. This is for example the case where the legal framework of the third country in question imposes on the data recipient obligations that go against the guarantees provided by standard data protection clauses.

⁸ *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, cit., para. 137.

⁹ *Ibid.*, para. 134.

¹⁰ *Ibid.*, para. 135.

As for the validity of the Privacy Shield Decision, the CJEU concluded that the US law does not provide for the necessary safeguards with regard to access to personal data by public authorities for national security, public interest, and law enforcement purposes and does not ensure effective judicial protection against such interferences. In reaching this conclusion, the CJEU first recalled that, in order to adopt an adequacy decision under Article 45(1) GDPR, the European Commission is required to assess whether the third country in question ensures compliance with the right to respect for private and family life and the right to protection of personal data as set out under Article 7 and 8 of the Charter respectively. At the same time, the Court also acknowledged that the rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter are not absolute rights. Article 52(1) of the Charter indeed allows for limitations on the exercise of these rights as long as such limitations are «provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms». Article 52 also provides that such limitations are subject to the principle of proportionality meaning that «limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others». This entails that any limitation on – or derogations from – the rights and freedoms recognized by the Charter must be provided for by the law and that the law itself shall define the scope of such limitations. The legislation in question must hence lay down clear and precise rules on the application of the measures that impose limitations on the protection of personal data and provide for some minimum safeguards in order to ensure that any interference is limited to what is strictly necessary¹¹.

In order to assess whether the US legal framework ensures a level of protection that is essentially equivalent to that guaranteed in the European Union, the CJEU examined whether the US surveillance programmes that allow for interferences with fundamental rights are subject to the requirements set out under Article 52 of the Charter. The Court mainly focused on the US surveillance programmes based on Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) that allows the US government to conduct surveillance activities of foreign persons located outside the United States. The Court noted that Section 702 does not provide for any limitations on the power to implement surveillance programmes or any guarantees for non-US individuals that may be targeted by those programmes. Indeed, as pointed out by the Advocate

¹¹ *Ibid.*, paras 168-176.

General in his opinion¹², Section 702 of the FISA does not provide for objective criteria of sufficiently clear and precise nature that are capable of effectively limit and define the scope of the US surveillance programmes. Moreover, the supervisory role of the United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) over such surveillance programmes is not designed to assess whether individuals are properly targeted but “only” to verify whether those surveillance programmes are intended to acquire foreign intelligence information¹³. Along the same lines, the CJEU noted that the monitoring programmes based on Executive Order 12333 (E.O. 12333) allows for the bulk collection of data in transit to the United States without conferring enforceable rights against the US authorities¹⁴. The requirement in Article 45(2)(a) GDPR that a third country shall ensure «effective and enforceable data subject rights» in order to be considered as providing an adequate level of protection is hence not satisfied. In the light of the above, the Court concluded that the US law on the access and use by US authorities of personal data transferred from the European Union «cannot be regarded as limited to what is strictly necessary» since the limitations on the protection of personal data «are not circumscribed in a way that satisfies requirements that are essentially equivalent to those required, under EU law, by the second sentence of Article 52(1) of the Charter»¹⁵.

In the second place, the CJEU stressed that before adopting an adequacy decision pursuant to Article 45(1) GDPR, the European Commission shall

¹² See the opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe delivered on 19 December 2019, C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, paras 295-297: «Mr Schrems maintains that section 702 of the FISA is not accompanied by sufficient safeguards against the risks of abuse and of unlawful access to the data. In particular, the choice of selection criteria is not sufficiently circumscribed, so that that provision does not offer safeguards against generalised access to the content of the communications. 296. The United States Government and the Commission claim, on the other hand, that section 702 of the FISA limits by objective criteria the choice of selectors since it permits only the collection of the electronic communications data of non-United States persons located outside the United States for the purpose of obtaining foreign intelligence information. 297. To my mind, it is permissible to doubt the sufficiently clear and precise nature of those criteria and the existence of sufficient guarantees to prevent the risks of abuse».

¹³ *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, cit., paras 179-180.

¹⁴ *Ibid.*, para. 182.

¹⁵ *Ibid.*, paras 184-185. On the interpretation and application of the principle of necessity and proportionality set out under Article 52 of the Charter, see also *Schrems I*, cit., para. 93; CJEU, judgment of 6 October 2020, C-511/18, *La Quadrature du Net and Others*, para. 133; CJEU, judgment of 6 October 2020, C-623/17, *Privacy International v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Others*, para. 78.

also determine whether the third country in question complies with the requirements set out under Article 47 of the Charter. The said article provides that «[e]veryone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy» and to a fair trial before «an independent and impartial tribunal previously established by law». In accordance with settled case law, and as also affirmed by the Court in *Schrems I*, legislation that does not provide for any possibility for an individual whose rights have been violated to pursue legal remedies does not respect the essence of the fundamental right to an effective remedy as established by Article 47 of the Charter¹⁶. In this regard, the Court noted that the surveillance programmes conducted by the US public authorities on the basis of Section 702 of the FISA and on E.O. 12333 do not grant data subjects actionable rights against the US authorities. As noted by the Court, «the existence of such a lacuna in judicial protection in respect of interferences with intelligence programmes [...] makes it impossible to conclude [...] that United States law ensures a level of protection essentially equivalent to that guaranteed by Article 47 of the Charter»¹⁷. This deficiency cannot be remedied by the Privacy Shield Ombudsperson (*i.e.*, the body which was specifically established to provide data subjects with a redress opportunity against access to personal data for national security reasons). Indeed, as highlighted by the CJEU, this mechanism is unable to ensure the independence of the Ombudsperson from the executive¹⁸ and does not empower the Ombudsperson to adopt decisions that are binding on intelligence services¹⁹. On those grounds, the CJEU concluded that, contrary to the Commission's finding in the Privacy Shield Decision, the United States does not ensure a level of protection for personal data essentially equivalent to that guaranteed in the European Union. As a result of these considerations, the Privacy Shield decision was declared invalid with immediate effect²⁰.

As outlined above, the judgment in question provides for a clear indication of the elements that should be taken into account in order to assess whether third-country surveillance measures allowing access to personal data for national security and law enforcement purposes can be regarded as a justifiable interference or not. These elements form part of the assessment that should

¹⁶ *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, cit., para. 187.

¹⁷ *Ibid.*, para. 191.

¹⁸ As noted by the CJEU, the Ombudsperson is appointed by the Secretary of State and is an integral part of the US State Department (*ibid.*, para. 195).

¹⁹ *Ibid.*, paras 194-196.

²⁰ *Ibid.*, paras 199-202.

be undertaken in order to determine whether a third country provides a level of protection essentially equivalent to that guaranteed within the European Union in accordance with Article 45 GDPR and whether the legal regime of a third country prevents the data importer from complying with its obligations under SCCs (or the other appropriate safeguards listed under Article 46 GDPR). Besides the CJEU case law on Articles 7, 8, 47 and 52 of the Charter, the jurisprudence of the ECtHR related to Article 8 of the European Convention on Human Rights dealing with surveillance issues also offers important indications in this respect. In several cases, the ECtHR has in fact developed and specified how these elements should be understood and applied, in particular with reference to the need for clear and precise rules that define the scope of the limitation on the exercise of the rights concerned²¹, the need for ensuring effective, independent and impartial oversight systems over the implementation of surveillance measures²², and the importance of ensuring effective remedies to the individuals concerned²³.

3. Some first reactions to the judgment

Several, mixed, reactions have sparked from the conclusions reached by the CJEU. The Vice-President of the European Commission, Věra Jourová, and Commissioner Reynders welcomed the judgment, since it underlined, once again, «that the right of European citizens to data protection is absolutely fundamental»²⁴. At the same time, they reassured citizens and businesses by stating that the European Commission will continue its work to ensure the continuity of the data flow between the two sides of the Atlantic, starting from the modernization of SCCs.

Along the same lines, the European Data Protection Board (EDPB) welcomed the judgment, since it «highlights the fundamental right to privacy in

²¹ Among others, ECtHR, judgment of 29 June 2006, app. no. 54934/00, *Weber and Saravia v. Germany*; ECtHR, judgment of 2 August 1984, app. no. 8691/79 (A/82), *Malone (James) v. United Kingdom*; ECtHR, judgment of 4 December 2015, app. no. 47143/06, *Roman Zakharov v. Russia*.

²² ECtHR, judgment of 6 September 1978, app. no. 5029/71, *Klass and Others v. Germany*; *Roman Zakharov v. Russia*, cit.

²³ ECtHR, judgment of 18 May 2010, app. no. 26839/05, *Kennedy v. The United Kingdom*; *Roman Zakharov v. Russia*, cit.

²⁴ Opening remarks by Vice-President Jourová and Commissioner Reynders at the press point following the judgment in case C-311/18 Facebook Ireland and Schrems of 16 July 2020.

the context of the transfer of personal data to third countries»²⁵. The EDPB is also committed «to provide the European Commission with assistance and guidance to help it build, together with the U.S., a new framework that fully complies with EU data protection law»²⁶. The European Data Protection Supervisor (EDPS) followed a similar approach, stating that the protection of personal data «is more than a “European” fundamental right – it is a fundamental right widely recognised around the globe». The EDPS also «trusts that the United States will deploy all possible efforts and means to move towards a comprehensive data protection and privacy legal framework, which genuinely meets the requirements for adequate safeguards reaffirmed by the Court»²⁷.

National Data Protection Authorities (DPAs) have also started to provide some guidance following the CJEU’s ruling²⁸. The strongest statements came from Berlin, Hamburg, and the Netherlands. These authorities are advising companies to suspend the transfer of data to the US. The Berlin DPA even encouraged companies to swiftly switch to service providers within the EU or in other countries that provide an adequate level of protection. The Irish Data Protection Authority welcomed the judgment and noted that, even if SCCs are in principle still valid, their application to transfers to the US «is now questionable»²⁹. On the other hand, the Information Commissioner’s Office (ICO), *i.e.*, the UK Data Protection Authority, somewhat regretfully stated that international «data transfers, that are so vital for the global economy, suddenly became open to question»³⁰. The ICO is also aware of the challenges that UK businesses face when dealing with international data transfer and «will continue to apply a risk-based and proportionate approach in accordance with [its] Regulatory Action Policy»³¹.

²⁵ European Data Protection Board, Statement of 17 July 2020 on the Court of Justice of the European Union Judgment in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland and Maximilian Schrems.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ European Data Protection Supervisor, Statement of 17 July 2020 following the Court of Justice ruling in Case C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems (“Schrems II”).

²⁸ M. FAZLIOGLU, “Using SCCs post-‘Schrems II’: Guidance from DPAs”, *iapp*, 23 July 2020.

²⁹ Data Protection Commission, Statement of 16 July 2020 on CJEU decision.

³⁰ Information Commissioner’s Office, Updated Statement of 27 July 2020 on the Judgment of the European Court of Justice in the Schrems II case.

³¹ *Ibid.*

The judgment was unsurprisingly less welcomed in the opposite side of the Atlantic. The US Secretary of Commerce Wilbur Ross³² and the US Secretary of State Michael R. Pompeo³³ stated that the US authorities are deeply disappointed that the CJEU has invalidated the EU-US Privacy Shield Decision. At the same time, the US authorities will continue to work in close contact with the EU to find a mechanism to ensure the transfer of data from the EU to the US. Interestingly, the Department of Commerce will continue to administer the Privacy Shield program. In other words, as clarified by the Department of Commerce in its FAQs on the impact of *Schrems II*³⁴, even if the Privacy Shield is no longer a legal basis for transfer under Article 45 GDPR, the judgment does not relieve companies self-certified under the Privacy Shield of their obligations under that framework. The Federal Trade Commission will so continue to expect companies to comply with those obligations as a demonstration of their «commitment to protect personal information in accordance with a set of privacy principles that offer meaningful privacy protections and recourse for EU individuals»³⁵.

4. The impact of *Schrems II* on (other) data transfer tools

The judgment has undoubtedly raised great uncertainties about the future of data transfers. Unlike the conclusions reached in *Schrems I*, in *Schrems II* the CJEU did not only invalidate the adequacy decision on which international data transfer to the US was grounded, but it also stressed that the same standards of protection should be ensured when the transfer is operated by other legal means. As further clarified by the EDPB in its FAQs on the case, «the threshold set by the Court also applies to all appropriate safeguards under Article 46 GDPR used to transfer data from the EEA [European Economic Area] to any third country»³⁶. This derives from the fact that, as noted by the EDPB, the US law examined by the CJEU applies to any transfer of data via electronic means that falls under the scope of the legislation regardless of the data transfer tool specifically used.

³² U.S. Secretary of Commerce Wilbur Ross, Statement of 16 July 2020 on Schrems II Ruling and the Importance of EU-U.S. Data Flows.

³³ Secretary of State Michael R. Pompeo, Statement of 17 July 2020 on Schrems II.

³⁴ U.S. Department of Commerce, *FAQs – EU-U.S. Privacy Shield Program Update*.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ European Data Protection Board, *Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximillian Schrems*, 23 July 2020, p. 2.

The CJEU also stressed the responsibility of both data exporters and DPAs in ensuring the effectiveness of existing legal bases for transfer. Data exporters and DPAs are hence responsible for ensuring that the level of protection guaranteed by the data transfer instruments set out under the GDPR is not undermined by the legal framework to which data recipients are subject. On this point, it is certainly not new that the legal requirements to which data recipients are subject inevitably prevail over any contractual obligations that such recipients may undertake when entering into SCCs. Back in 1998, the Article 29 Working Party (*i.e.*, the predecessor of the EDPB) identified the “problem of overriding law” as one of the major limitations to the use of contracts as a legal basis for data transfer. The legal framework of a third country may, indeed, require the recipient in that third country to disclose personal data to public authorities. These disclosure requests inevitably take precedence over the contract signed between the data exporter and the data recipient³⁷.

What the CJEU is now asking, or better demanding, is that SCCs stop being treated as a mere formalistic requirement that the parties to the agreement sign and then forget. This can be achieved by ensuring that the mechanisms for suspending or prohibiting the transfer of data are made effective in case the clauses have been breached or cannot be complied with. To this aim, as clarified by the EDPB in its FAQs, before operating a transfer on the basis of SCCs, companies should make an assessment taking into account the circumstances of the transfer and, where appropriate, implement supplementary measures to make sure that the third-country law does not impinge upon the guarantees offered by those clauses. If the result of the assessment is that appropriate safeguards cannot be ensured (meaning that data subjects whose data are transferred would not enjoy a level of protection which is essentially equivalent to that guaranteed within the EU), the data exporter is required to suspend or terminate the transfer. If it intends to continue the cross-border flow of personal data, the data exporter is required to notify the competent DPA³⁸. Again, this is nothing new compared to what has already been in place for many years. Indeed, under clause 4(g) of 2010 SCCs, the data exporter shall inform the competent DPA if it intends to continue the transfer of data despite the notification from the data importer about any legal requirement that may prevent it from fulfilling its obligations under the contract. This is

³⁷ Article 29 Data Protection Working Party, *Transfers of personal data to third countries: Applying Articles 25 and 26 of the EU data protection directive* (WP12), 24 July 1998, p. 21-22.

³⁸ European Data Protection Board, *Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18*, cit., p. 4-5.

another obligation that many companies that have signed SCCs have probably largely disregarded and that should now be made effective.

Needless to say, this – fairly (some would say excessively³⁹) burdensome – assessment would require companies (as well as DPAs) to become acquainted with the foreign legal systems to which they transfer personal data. With specific reference to the US, since the CJEU has found that US law does not ensure an adequate level of protection, data exporters transferring data to the US on the basis of SCCs are now required to assess whether their US provider is caught under the scope of application of the US laws analysed by the CJEU in its judgment. For example, in order to understand whether a US provider falls under the scope of the US Foreign Intelligence Surveillance Act Section 702, EU companies may assess whether that provider can be qualified as an “electronic communication service provider”. As noted by one author, «U.S. Foreign Intelligence Surveillance Act Section 702, Executive Order 12333 and Presidential Policy Directive 28 concern communication service providers, not retailers, manufacturers, health care or pharma companies, or the thousands of companies that use SCCs to export employee data to headquarters in the U.S.»⁴⁰. To this end, NOYB, the non-profit organization founded by Schrems in Austria, has made available a model request that EU data exporters wishing to continue to use SCCs may submit to US providers⁴¹. This request aims to assess whether US providers fall under the scope of application of the US laws that, in the Court’s view, do not ensure an essentially equivalent level of protection. A second set of model requests has been elaborated for companies that process data in the EU but have US ties and may for that reason still be caught under US law. Whether or not data can (continue to) be transferred to the US on the basis of SCCs will hence depend on the result of this assessment.

5. The implementation of additional safeguards

As seen above, as part of the assessment that companies are required to undertake before operating an international data transfer, companies should consider the implementation of «additional safeguards» or «supplementary

³⁹ C. KUNER “The Schrems II Judgment of the Court of Justice and the Future of Data Transfer Regulation”, *European Law Blog*, 17 July 2020.

⁴⁰ O. TENE, “The Show Must Go On”, *app*, 17 July 2020.

⁴¹ NOYB – European Center for Digital Rights, *Next Steps for EU Companies & FAQs*, 20 July 2020.

measures». At the time of writing, no specific guidance has been released by the EDPB on what these safeguards should look like. The EDPB is currently analysing the judgment to determine what kind of legal, technical and/or organizational measures may effectively address the concerns expressed by the CJEU in its judgment. One possibility would be to devise new ways to contractually compensate for the lack of adequate protection in the third country in question. For example, the data importer could contractually commit to “resist” and question excessively broad requests from public authorities. Similar commitments are already present in Binding Corporate Rules (BCRs). Indeed, BCRs shall include the commitment by the non-EU BCR member to inform not only the EU data exporter but also the competent DPA of «any legally binding request for disclosure of the personal data by a law enforcement authority or state security body». If in the specific case in question the notification to the DPA is prohibited (for example, in order to preserve the confidentiality of the investigation), the non-EU BCR member shall «use its best efforts to obtain the right to waive this prohibition in order to communicate as much information as it can and as soon as possible». If despite its best effort the BCR member concerned is still not in the position to inform the competent DPA, it shall commit to annually provide the DPA with general information about the requests it has received, such as the number of requests, the types of data involved and the authority filing the request⁴².

This commitment could be complemented with a more general endeavour on the part of non-EU companies to use their best efforts to challenge and, to the extent possible, waive any disproportionate and indiscriminate legal obligation to which they may be subject. This contractual commitment may so aspire to become one of those «supplementary measures» that the CJEU is inviting companies to implement. A similar approach seems to be recommended by the EDPS in its paper on the “Outcome of own-initiative investigation into EU institutions’ use of Microsoft products and services”⁴³. One of the criticalities identified by the EDPS in its investigation on the contractual arrangements between the EU institutions and Microsoft was the fact that

⁴² Criterion 6.3 for approval of BCRs for controllers, Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Binding Corporate Rules (WP 256 rev.01)*, 28 November 2017, as last revised and adopted on 6 February 2018; criterion 6.3 for approval of BCRs for processors, Article 29 Data Protection Working Party, *Working Document setting up a table with the elements and principles to be found in Processor Binding Corporate Rules (WP 257 rev.01)*, 28 November 2017, as last revised and adopted on 6 February 2018.

⁴³ European Data Protection Supervisor, *Public Paper on Outcome of own-initiative investigation into EU institutions’ use of Microsoft products and services*, 2 July 2020.

Microsoft retained discretion to disclose personal data to third parties, including law enforcement and other governmental authorities⁴⁴. In the light of this, besides informing the EU institutions of any requests for access to data it receives, Microsoft should «challenge access requests, exhausting all available legal remedies». Moreover, the EDPS recommended that the EU institutions «request information from Microsoft once a year on whether any disclosures of EU institution data had taken place and if so, what action was taken in response». The EU institution concerned should then assess the information received and «take any further measures necessary to ensure that the contractual prohibition of disclosure, notification procedures and agreed safeguards were respected»⁴⁵.

The Commissioner for Data Protection and Freedom of Information for the German State of Baden-Württemberg (Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg – LfDI BW) is also moving in this direction. Indeed, in its guidance on how to deal with international data transfer in the aftermath of the *Schrems II* case⁴⁶, the LfDI BW suggested the inclusion of supplementary contractual measures to 2010 SCCs. Among others, the LfDI BW suggested to modify SCCs so as to include the obligation of the data importer to inform both the data exporter and the data subject of any legally binding requests for disclosure by a foreign public authority and the obligation of the data importer to take legal action against such requests.

To what extent these contractual commitments may satisfactorily address the concerns expressed by the CJEU in its judgment is, however, yet to be seen. Indeed, as stressed by the Court, some essential guarantees against disproportionate interferences with fundamental rights should be provided for by the (third-country) law⁴⁷. In the absence of these guarantees, even if non-EU data recipients contractually commit to challenge access requests, «there is no guarantee that the companies will win such challenges»⁴⁸; those companies would be ultimately bound to comply with the conflicting legal obligation to disclose. Moreover, even if contractual commitments to challenge

⁴⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁶ Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, *Der LfDI gibt Hinweise und legt sein weiteres Vorgehen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 16. Juli 2020, Rechtssache C-311/18 ("Schrems II") fest*, 25 August 2020.

⁴⁷ CJEU, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximilian Schrems*, cit., para. 175.

⁴⁸ J. DASKAL, "What Comes Next: The Aftermath of European Court's Blow to Transatlantic Data Transfers", *Just Security*, 17 July 2020.

excessively broad requests may, to some extent, bring such requests closer to the principle of proportionality as established and developed in the EU, the lack of effective judicial remedies and actionable rights against US authorities (or any other foreign public authority) highlighted by the CJEU may hardly be “compensated” by such additional contractual or organizational measures, absent a change in US law⁴⁹.

The implementation of some additional technical measures should also be considered. For example, in its guidance, the LfDI BW recommended the implementation of encryption (where only the data exporter holds the key), and of anonymization or pseudonymization (where only the data exporter can link the data to a specific data subject). However, these measures may often be impractical and in contrast with companies’ business needs⁵⁰.

6. Conclusion

In the *Schrems II* case, the CJEU reiterated the importance of ensuring that the high standards of data protection guaranteed in the EU are not undermined once data leave the EU. As one author has argued, the judgment «appears as a strong constitutional confirmation of the importance to build a solid, comprehensive and coherent regime of protection of European personal data transfers – including against governmental access to such data»⁵¹. The judgment seems also to be in line with the European Commission’s commitment to promoting global convergence in the area of data protection by placing the EU standards as a reference point at the international level. On several occasions, EU institutions have shown to be willing to foster the role of the European Union as a driver for the development of international data protection standards. Among others, back in 2010, the European Commission noted that the «European Union must [...] remain a driving force behind the development and promotion of international legal and technical standards for the protection of personal data, based on relevant EU and other European

⁴⁹ T. CHRISTAKIS, “After Schrems II: Uncertainties on the Legal Basis for Data Transfers and Constitutional Implications for Europe”, *European Law Blog*, 21 July 2020; D. SOLOVE, “Schrems II: Reflections on the Decision and Next Steps”, *TeachPrivacy*, 23 July 2020; K. PROPP, P. SWIRE, “After Schrems II: A Proposal to Meet the Individual Redress Challenge”, *Lawfare*, 13 August 2020.

⁵⁰ V. GRENTZENBERG, J. SPITKA, D. SCHELE, A. RÜDIGER, “Germany: Schrems II: And now? First German Supervisory Authority Provides Guidance on Data Transfers”, *DLA Piper Blogs*, 27 August 2020.

⁵¹ T. CHRISTAKIS, “After Schrems II: Uncertainties on the Legal Basis for Data Transfers”, cit.

instruments on data protection»⁵². Ten years later, the European Commission reiterated its commitment to promote global convergence in its communication on two years of application of the GDPR. In the said communication, the Commission stated that it «will continue to focus on promoting convergence of data protection rules as a way to ensure safe data flows»⁵³. This commitment also includes «forms of “upstream” work [...] in the context of ongoing reforms for new or updated data protection laws»⁵⁴.

The judgment delivered by the CJEU in *Schrems II* may so be perceived by third countries as a clarion call for developing standards of protection more in line with the EU standards. In less romantic terms, it could be argued that the judgment may increase the (perceived) pressure coming from the EU to pass equivalent laws by making access to some specific resources (*i.e.*, data coming from the EU) conditional upon compliance with the EU data protection standards. However, although the development of common standards of protection across the globe may appear to many as the most desirable solution for ensuring continued protection of transferred data, a universal consensus on a set of “standardized” data protection rules is still far from being reached.

In the meantime, as stated by the Advocate General in his Opinion on *Schrems II*, a balance should be struck between the need to assert the fundamental values recognised in the EU legal order on the one hand and the need to show a «reasonable degree of pragmatism in order to allow interaction with other parts of the world» on the other⁵⁵. This could start from making the existing data transfer rules work in practice by moving from the “mere” signature of contractual clauses to their effective implementation. Data transfer rules have been widely criticized for being formalistic and bureaucratic requirements with a limited capacity of increasing users’ privacy⁵⁶. This trend may be (hopefully) reversed by following the CJEU’s judgment. The mechanisms that such rules provide for ensuring continued protection of transferred data (and, in particular, the mechanisms for terminating or suspending the

⁵² European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 4 November 2010, *A comprehensive approach on personal data protection in the European Union*, COM(2010) 609 final, p. 16.

⁵³ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 24 June 2020, *Data protection as a pillar of citizens’ empowerment and the EU’s approach to the digital transition – two years of application of the General Data Protection Regulation*, COM(2020) 264 final, p. 14.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Opinion of Advocate General Saugmandsgaard Øe, cit., para. 7.

⁵⁶ See, among others, O. TENE, “The Show Must Go On”, cit.

transfer if the level of protection required by EU law cannot be guaranteed) should be not only effectively implemented but also further strengthened by means of additional safeguards. It is yet to be seen whether this will finally lead to a stable «data free flow with trust»⁵⁷ or to further challenges for companies wishing to engage in cross-border data transfers and for resource-constrained DPAs in charge of overseeing those transfers.

⁵⁷ G20 Osaka Leaders' Declaration of 29 June 2019, available *online*.

Finito di stampare nel mese di settembre 2021
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista annuale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

