

Maria Elena Gennusa

Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?

(doi: 10.1439/79174)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 1, marzo 2015

Ente di afferenza:

Università degli studi del Salento (unile)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Note dall'Europa

Dall'Unione europea

Difesa di posizioni nel parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU?

di *Maria Elena Gennusa*

Era lo scorso maggio quando Stian Oby Johansen (<https://obykanalen.wordpress.com/>), dopo aver assistito all'udienza pubblica della Corte di giustizia dedicata alla trattazione del problema dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU, metteva in luce la stranezza dello «spettacolo» che quell'udienza aveva inscenato: 31 attori politici – Commissione, Parlamento e Consiglio dell'Unione europea e i 28 Stati membri – che, tutti concordi, cercavano di convincere una Corte di giustizia, riunita in seduta plenaria, che la bozza di accordo di adesione, licenziata il 5 aprile 2013 e frutto di un complesso negoziato durato quasi tre anni, era compatibile con i Trattati europei. È il primo procedimento dinanzi alla Corte che registra un'assoluta mancanza di dissenso, almeno quanto alle scelte di fondo: una mancanza di dissenso che poi è stata ulteriormente confermata dalla presa di posizione presentata il 13 giugno 2014 dall'A.G. Kokott che, pur individuando nel testo talune criticità, alla fine propone alla Corte di dichiarare una sostanziale compatibilità dell'accordo con i Trattati, sebbene subordinata al recepimento dei rilievi indicati.

Bene: alla luce del Parere n. 2/13 reso dalla Corte il 18 dicembre 2014, forse tutti e 32 i soggetti che si erano spesi per perorare la causa della compatibilità dovrebbero incominciare a dubitare della loro capacità persuasiva. Per la Corte l'accordo è, infatti, incompatibile con i Trattati europei. E, si badi bene, lo è non per alcuni dettagli, che forse avrebbero potuto essere anche corretti attraverso una coda del negoziato che aveva prodotto l'accordo, ma per la sua stessa sostanza: verrebbe da dire, che quella dell'accordo è un'incompatibilità in radice, tali e così macroscopici sono i problemi che la Corte individua.

Non è qui purtroppo possibile ripercorrere in dettaglio tutte le complesse argomentazioni che la Corte nel suo Parere fornisce. In estrema sintesi, comunque, la Corte boccia l'accordo per molteplici fondamentali ragioni, che, tuttavia, a ben vedere, tutte si riconducono a una: la lesione dell'autonomia dell'Unione europea. Nella ricostruzione della Corte, la peculiarità della «struttura costituzionale» dell'Unione europea consiste nel fatto di essere un ordinamento interamente governato dai Trattati che, soli, possono decidere lo spazio di azione dell'organizzazione, i poteri delle sue istituzioni, i suoi principi fondanti e la ripartizione di competenze fra Stati e Unione. I Trattati, infatti, individuando nell'integrazione l'obiettivo principe dell'Unione europea, hanno, per realizzarlo, costruito un edificio fatto di molti mattoni – quello del primato, dell'effetto diretto, della leale collaborazione, della fiducia reciproca... –, ciascuno con un ruolo specifico per assicurare stabilità alla struttura, ma soltanto se unito con gli altri in grado davvero di realizzare lo scopo voluto. Lo stesso monopolio interpretativo del diritto europeo dai Trattati affidato unicamente a una Corte interna all'Unione altro non è che un fondamentale tassello di quell'edificio, in quanto anch'esso preordinato ad assicurare unità e coesione al sistema giuridico dell'Unione europea. Certamente al suo interno anche la tutela dei diritti costituisce un mattone essenziale; ma poiché tutti i mattoni devono saldarsi fra loro in un insieme compatto affinché la struttura si regga, anche la tutela dei diritti deve funzionare in un modo che la renda armonica col resto e coerente con gli obiettivi dell'Unione che i Trattati individuano (§ 170). È allora evidente che di una tale struttura proprio l'autonomia divenga il nucleo vitale: essa ne è lo scudo protettivo, l'unico attributo che, impedendo ingerenze da fuori, preserva l'integrità della struttura e, quindi, la sua stessa esistenza. Intaccare dall'esterno anche un solo mattone, infatti, potrebbe voler dire far crollare l'intero edificio. Ma purtroppo, secondo la Corte, sono molti i mattoni che l'accordo minaccia di erodere.

Innanzitutto il mattone del *primato*, perché il mancato coordinamento fra art. 53 della Carta e art. 53 della CEDU, potrebbe facultizzare gli Stati a introdurre standard di tutela più elevati di quelli che la Carta, come interpretata dalla Corte di giustizia, può consentire, se non a pena di minare la coerenza dell'intero sistema (§ 189); in secondo luogo quello della *fiducia reciproca* fra gli Stati membri, se l'accordo non esclude una condanna a Strasburgo quando essi abbiano ommesso di verificare, nei loro rapporti reciproci che siano disciplinati dal diritto dell'Unione europea, il reale stato di garanzia dei diritti in altri Stati dell'Unione medesima (§ 194); in terzo luogo, quello del *rinvio pregiudiziale*, per le minacce che gli possono derivare dalla concorrenza del nuovo procedimento di richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo attivabile dalle Corti costituzionali e supreme degli Stati aderenti, che il neonato Protocollo n. 16 della Convenzione europea (peraltro non ancora in vigore) ha recentemente introdotto (§ 199); in quarto luogo, quello della *lealtà reciproca* fra gli Stati membri dell'Unione europea, perché l'accordo non esclude espressamente il ricorso interstatale alla Corte EDU nelle materie coperte dal diritto dell'Unione europea, in violazione di quanto dispone l'art. 344 TFUE (§ 207); in quinto luogo, quello del *monopolio interpretativo* del diritto dell'Unione in capo alla Corte di giustizia che non sarebbe sufficientemente salvaguardato dai nuovi meccanismi del *Co-respondent* e del *Prior Involvement* della Corte di giustizia come tratteggiati

nell'accordo finale (§§ 225, 227, 238 e 242); infine, quello della quasi *generalizzata immunità* degli atti adottati in ambito PESC dal sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, perché affidarne il controllo esclusivo a un giudice esterno equivarrebbe a snaturarne le caratteristiche come volute dai Trattati europei (§ 257).

Invero, i rilievi più prettamente procedurali non destano particolari problemi – poiché ben avrebbero potuto, almeno in parte, essere accolti in una ripresa del negoziato ufficiale – e nemmeno, in effetti, particolare sorpresa: essi si concentrano tutti su aspetti le cui criticità erano già state ben evidenziate in dottrina e riguardano, a ben vedere, per lo più nodi lasciati consapevolmente scoperti nell'accordo finale che talvolta ne aveva rimesso espressamente la soluzione al negoziato interno all'Unione (come è il caso della disciplina del rapporto fra ricorso interstatale alla CEDU e art. 344 TFUE e delle modalità e dei presupposti per il previo coinvolgimento della Corte di giustizia nei ricorsi pendenti a Strasburgo). Del resto, sono gli stessi aspetti su cui si appuntano anche le critiche dell'A.G. e probabilmente nessuno si aspettava che la risposta della Corte fosse un sì incondizionato all'accordo, ma piuttosto un sì subordinato a qualche modifica.

Quello che, invece, ha senz'altro sorpreso almeno la maggioranza degli studiosi del tema è stata una così radicale opposizione all'accordo (che pure aveva cercato di recepire, in qualche modo, tutte le richieste provenienti dallo stesso giudice dell'Unione europea) e alle sue scelte di fondo, prima fra tutte quella di porre l'Unione su un piano di parità con le altre parti della Convenzione europea, tutte contraenti statali, introducendo deroghe solo laddove strettamente necessarie per tener conto della particolare struttura che la differenzia dagli altri: come chiaramente ricorda la Corte, «l'Unione, dal punto di vista del diritto internazionale, non può, per sua stessa natura, essere considerata uno Stato» (§ 156) e dunque un accordo che si basi su questa premessa non può che essere sballato in radice.

Il Parere n. 2/13 segna dunque un'irrimediabile battuta di arresto nel processo condotto sinora. È chiaro, infatti, che le condizioni poste dalla Corte perché l'adesione si compia non possono essere accettate dagli altri contraenti della Convenzione europea; ma se anche lo fossero, non si riesce a comprendere quale risultato ci potrebbero dare e quale ruolo spetterebbe alla fine alla Corte europea, né quanti, e quali, casi concreti potrebbero costituire l'oggetto del sindacato a Strasburgo. È dunque naturale che il Parere abbia prodotto sconforto su tutti quelli – compresa chi scrive – che avevano considerato la strada dell'adesione non solo come un utile mezzo per produrre una tutela dei diritti più piena e per correggere alcune storture che il sistema oggi contiene, ma anche come una scelta di grande valore ideale, atta a dimostrare la disponibilità dell'Unione di sottomettersi a un'autorità esterna in grado di porre il suo primato in questione e quindi, in ultima analisi, di rivelare la sua capacità di trasformarsi in una vera *Human Rights Organisation*: il primato resta al suo posto, e l'Unione europea non diventa una *Human Rights Organisation*. La tutela dei diritti ha al suo interno un ruolo certo importante, ma solo come armonica parte di un tutto. I diritti non se ne pongono all'apice, ma costituiscono valori che vanno opportunamente bilanciati con altri.

Però, pur con tutte le condivisibili critiche che esso solleva, di almeno una cosa va dato atto al Parere: esso ha il merito di aver rivelato per la prima volta, con adamantina

chiarezza, le reali conseguenze che l'adesione comporta. I due sistemi sono troppo diversi perché si possa realizzare un adattamento reciproco. O è il sistema Strasburgo a ridursi a ben poco, o è l'Unione europea a non essere più l'Unione europea. In tal senso, a mio parere, l'interlocutore a cui si rivolge la Corte non è tanto, o comunque non è solo, il suo omologo che risiede a Strasburgo: quello che la Corte evidenzia è, infatti, che l'adesione richiesta dai Trattati *alle condizioni poste dai Trattati medesimi* non è in concreto possibile. Non si possono preservare le specificità dell'Unione e al contempo aderire alla Convenzione europea: intere parti del Trattato verrebbero modificate di fatto, compresa quella relativa alla PESC che, sottraendola alla giurisdizione del giudice dell'Unione, esprime evidentemente la volontà degli Stati di mantenerla esente da qualsivoglia controllo. Ma poiché lo stesso A.G. sottolinea come modificazioni surrettizie dei Trattati non possano essere in alcun modo ammissibili (Presa di posizione, § 36), secondo me, il vero interlocutore della Corte sono soprattutto gli Stati, i «Signori dei Trattati», cui essa rimprovera la fretolosità di aver sancito un obbligo di aderire alla CEDU senza prima aver preparato il terreno perché una tale adesione possa davvero prodursi. Certamente la Corte non può più rifugiarsi dietro l'assenza nei Trattati di una base giuridica: la base giuridica ora è presente ed è anche particolarmente cogente (§ 153). Quello che manca è il contorno. Non si può aderire alla CEDU senza aver previamente chiarito il rapporto fra Carta e Convenzione europea (che della Carta costituisce una delle fonti di ispirazione essenziale) e il ruolo nell'Unione europea della CEDU, che è al contempo parte della Carta, principio generale del diritto dell'Unione e che, dopo l'adesione, diverrebbe anche fonte a sé stante, formalmente integrata al suo interno; e non si può aderire, al contempo chiedendo che i diversi principi su cui l'Unione si fonda continuino a funzionare come hanno fatto sinora. Ecco perché mi sembra che la Corte stia parlando soprattutto agli Stati. Il suo Parere è un monito: non basta inserire una norma che dispone che l'Unione aderisce alla CEDU; bisogna modificare tutti i Trattati (o, almeno, larghe parti di essi) perché l'adesione possa davvero prodursi.

Invero si potrebbe rimproverare la Corte di non averlo detto da subito, prima di tre anni di negoziati difficili. Eppure, a rileggere con attenzione il precedente Parere n. 2/94 sulla stessa questione, forse in parte lo aveva anche detto, sia pur trincerandosi dietro la rilevata assenza di una base giuridica adatta (§§ 34-35). Il Parere n. 2/13 conferma dunque il realismo che impronta la Corte: un realismo, emotivamente, forse non troppo piacevole, ma che fornisce un'occasione preziosa per incominciare a riflettere su problemi effettivi.

Il parere della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione alla CEDU e la crisi dell'euro: due facce della stessa medaglia?

di *Andrea Guazzarotti*

I primi commenti al parere della Corte di giustizia [CG d'ora in poi] sull'adesione dell'UE alla CEDU (2/13 del 18 dicembre 2014) sono sconfortanti: la Corte ha, in pratica, posto dei *caveat* che rendono pressoché impossibile l'adesione. L'attenzione dei commen-

tatori si appunta sui passaggi in cui la Corte afferma la necessità di derogare al controllo della Corte EDU sulla Politica estera e di sicurezza comune, per avere i Trattati istitutivi sottratto tale ambito al sindacato della stessa CG. Oltre a ciò, il parere richiede aggiustamenti peculiari per conciliare l'esigenza dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e del primato con la possibilità che la CEDU lascia agli Stati di prevedere standard di tutela superiori a quelli garantiti dalla Convenzione stessa (art. 53 CEDU). Per la CG ciò potrebbe «compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta [di Nizza], nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (§ 189). Il riferimento espresso è al noto caso *Melloni* (Causa C-399/11 del 26 febbraio 2013, citato ai §§ 188 e 191); la filosofia sottostante è quella per cui gli standard di tutela che possono essere pretesi negli ambiti armonizzati dal diritto UE sono quelli della Carta di Nizza, come interpretata dalla CG, e non quelli eventualmente più elevati fissati dagli Stati in ottemperanza alla giurisprudenza di Strasburgo (L.S. Rossi, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, 22 dicembre 2014; S. Vezzani, «*Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!*»: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU, 23 dicembre 2014, entrambi in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/>). Si tratta, indubbiamente, di un'interpretazione *in malam partem* che forse fa dire troppo al parere. Il passaggio successivo, tuttavia, appare più inequivocabile, quanto all'incompatibilità di fondo tra l'adesione dell'UE alla CEDU e la visione che la CG ha dell'ordinamento UE. Si tratta del rischio che l'adesione comprometta il principio della *fiducia reciproca* tra gli Stati membri quanto al rispetto dei diritti fondamentali all'interno dei propri ordinamenti. Su tale principio si fonda la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne e, in particolare, lo spazio di libertà, sicurezza e di giustizia: è da ritenersi precluso, salvo casi eccezionali, a uno Stato membro di verificare se un altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione. Ad avviso della CG, l'adesione finirebbe per imporre che uno Stato membro verifichi il rispetto dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro anche nei rapporti disciplinati dal diritto dell'UE, incrinando il detto principio della mutua fiducia (§§ 191-194). Oltre alla materia del mandato d'arresto europeo (di cui al caso *Melloni* citato), il pensiero corre alla gestione dell'immigrazione e del diritto di asilo (cui inerisce il caso *N.S. e altri*, Cause C411/10 e C493/10 del 21 dicembre 2011, citato anch'esso dalla Corte, § 191). Su questo passaggio si appuntano le note più critiche di quei commentatori che hanno letto il parere come una non troppo velata reazione della CG alla recente giurisprudenza di Strasburgo che sta facendo vacillare sempre più il c.d. «sistema di Dublino» di gestione delle procedure di asilo (Vezzani, cit.; S. Peers, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, 18 dicembre 2014, in <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html>).

Una sintesi della casistica evocata appare necessaria. Nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 2011, Strasburgo aveva condannato il Belgio per aver rinvio il richiedente asilo in Grecia, Paese notoriamente afflitto da carenze sistematiche nella gestione delle procedure di asilo e nell'accoglienza dei richiedenti, i quali corrono il conclamato rischio di subire trattamenti disumani e degradanti, *ex art. 3 CEDU*. Il che ha messo in discussione

il carattere sostanzialmente automatico dei trasferimenti dei richiedenti asilo nell'UE. A ciò reagiva la sentenza della CG nel caso *Abdullahi* (C394/12 del 10 dicembre 2013), tesa a limitare la possibilità di contestare una decisione di trasferimento del richiedente asilo ai soli casi di «carenze sistemiche della procedura d'asilo e delle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che detto richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti». Ma, dopo tale decisione di Lussemburgo, Strasburgo ha posto paletti ancora più rigorosi: nel caso *Tarakhel c. Svizzera e Italia*, del 4 novembre 2014, la Corte EDU ha affermato che, quand'anche il sistema di gestione delle procedure di asilo e di accoglienza dei rifugiati non sia affetto da carenze sistemiche (come nel caso della Grecia) ma possa comunque presentare rischi di inadeguata protezione (come in Italia), uno Stato aderente al sistema di Dublino non può respingere verso quel Paese il richiedente asilo senza prima aver ottenuto assicurazioni sull'effettiva condizione di accoglienza del richiedente e della sua famiglia.

Si tratta di una giurisprudenza che ha messo a nudo l'ipocrisia su cui si è fin qui costruito il sistema di gestione dell'immigrazione e dell'esercizio del diritto d'asilo nella c.d. «Fortezza Europa»: la finzione per cui qualsiasi Stato membro applica standard di tutela dei diritti fondamentali equivalenti, per il semplice fatto che questi diritti sono proclamati dall'UE, è sempre meno sostenibile. Specie dopo la crisi economica che ha colpito Paesi come la Grecia, ipotizzare che in quel Paese (ma anche nel nostro) la gestione degli immigrati e dei richiedenti asilo sia conforme – *per tabulas* – agli standard comuni europei è una foglia di fico che copre i paradossi di una federalizzazione opportunistica (impedire richieste di asilo multiple, fingendo che chi entra senza visti in uno qualsiasi dei Paesi dell'UE entri in un unico territorio).

La tematica della gestione dei profili legati all'immigrazione (nonché quella del mandato d'arresto europeo) quale punto di maggior conflitto tra UE e CEDU ci conduce al cuore del discorso: la crisi del modello di integrazione europea fondato sulla (presunta) autosufficienza degli Stati membri. La giurisprudenza CEDU sulla materia sta mettendo a nudo l'incoerenza o l'ipocrisia di un'Unione che pretende di fondarsi sull'autodisciplina degli Stati membri in materie quali il rispetto dei diritti umani o la gestione dei bilanci pubblici, negando a priori che si possa istituire un sistema di autentica solidarietà federale. Già in passato erano state criticate le carenze di un sistema che si preoccupa di valutare solo *ex ante*, in sede di esame delle candidature, il rispetto dei diritti fondamentali negli Stati che chiedono di aderire all'UE, privandosi di efficaci mezzi di controllo *ex post* (A. Von Bogdandy *et al.*, *Reverse Solange*, in *CMLR*, 49, 2012, 489 ss.). Nelle condizioni economicamente sempre più divaricate in cui si trovano i Paesi membri, la fiducia reciproca sul rispetto dei diritti fondamentali appare sempre più un dogma di fede arcignamente sorvegliato dalla CG che un principio plausibile. La giurisprudenza CEDU sopra evocata, nel far vacillare tale dogma, ha messo a nudo l'incoerenza di un ordinamento che pretende di introdurre elementi di federalizzazione senza pagarne il costo. Quanto diverso può essere il trattamento dell'emigrato in un centro di identificazione greco o italiano rispetto a quello della Germania! Una simile diversità di *standard* di tutela fa a

pugni con le regole draconiane di stampo federale per cui, ad es., la domanda d'asilo può essere proposta nel Paese UE *di prima entrata*. La struttura federale di tali regole imporrebbe, al contrario, anche l'introduzione di una *solidarietà federale*, riassumibile nella clausola dell'art. 117.2, lett. m) della Costituzione italiana del potere-dovere di introdurre e finanziare dei livelli essenziali comuni delle prestazioni sui diritti da parte dell'entità federale o centrale.

Si tratta di profili non così lontani da quelli emersi con la crisi dell'euro. Quest'ultima ha messo a nudo la carenza di solidarietà iscritta nelle regole di Maastricht. La *ratio* del divieto di *bail out* da parte degli Stati membri o dell'UE è, ufficialmente, quella di scongiurare il *moral hazard* degli Stati meno rigorosi, inclini a scaricare sugli altri le proprie tendenze inflazionistiche e ad approfittare del credito goduto dagli Stati rigorosi per ottenere tassi d'interesse sul debito pubblico più bassi. Ma la crisi ha chiarito che si tratta di regole sperequate che aggirano il problema senza risolverlo, anzi aggravandolo. E il problema è, ancora una volta, quello della solidarietà impossibile o negata. In un'area monetaria non ottimale, qual è l'Eurozona, i costi intrinseci alla perdita della sovranità monetaria in capo a Stati con economie divaricate possono essere compensati solo attraverso l'alta mobilità della forza lavoro congiunta con i trasferimenti di ricchezza da parte del livello federale. Solo questo ha consentito e consente agli Stati Uniti, ad es., di reagire ai c.d. «shock asimmetrici». Ma per farlo sono necessari un budget federale e una omogeneizzazione dei sistemi d'istruzione e formazione professionale, oltre a una lingua comune che agevoli la mobilità dei lavoratori. Tutto questo è evidentemente assente nell'UE. Il palliativo della disciplina dei bilanci non solo non è stato in grado di compensare quella carenza ma, se possibile, ha aggravato le rigidità della moneta unica.

La crisi dell'euro ha dimostrato e sta dimostrando la fallacia dell'idea per cui l'unificazione monetaria non preceduta dall'unificazione politica (ma neppure da quella economico-fiscale) possa costituire un fattore di coesione, ossia un motore di quelle unificazioni ancora carenti. Al contrario, la crisi dell'euro ha innescato forti e pericolosi elementi di divisione «identitaria» tra Stati membri (si pensi all'acronimo dei «P.I.G.S.» coniato per stigmatizzare i Paesi mediterranei; o alla pubblicistica che sempre più addita nei *surplus* commerciali della Germania la causa della crisi; o, ancora, al rivangare il passato delle inique decisioni che hanno fissato la parità della lira con l'euro a livelli penalizzanti). Del resto, l'idea di un'unione monetaria «prematura» ma capace di accelerare l'unione economica-fiscale e politica era frutto di pura scommessa politica e non di analisi empirica (G. Majone, *Monetary Union and the Politicization of Europe*, 2011, in <http://euroacademia.eu/>).

La crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU sta dimostrando una fallacia dai contorni analoghi: quella per cui l'Europa dei diritti possa trainare l'ulteriore integrazione *tra i popoli dell'Europa* (quell'«unione sempre più stretta» di cui parla l'art. 1 TUE, evocato al § 167 del Parere). La codificazione dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza, prima, e la previsione del dovere di aderire alla CEDU, poi, hanno fatto insorgere aspettative di un'Unione capace di fondarsi su valori «alti» (i diritti fondamentali aggiornati fino all'ultima generazione; la sottomissione a un controllo giurisdizionale esterno),

ma si tratta forse di aspettative mal riposte. Pretendere di basarsi sul comune valore del rispetto dei diritti fondamentali prima ancora di aver risolto le aporie di un'Unione senza solidarietà sta producendo una crisi di rigetto di cui il parere 2/13 della CG è un sintomo.

La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

di *Delfina Boni*

A cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il primo dicembre 2009, alcuni importanti avvenimenti hanno caratterizzato il processo di integrazione europea negli ultimi mesi, sotto la presidenza italiana del Consiglio dell'UE. Tra questi meritano di essere richiamati, da un lato, il primo processo di rinnovo delle istituzioni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e cioè le elezioni del Parlamento europeo e l'insediamento della nuova Commissione europea, il primo novembre 2014; dall'altro, la cessazione degli effetti di alcune misure transitorie, previste nei trattati «per organizzare la transizione dalle disposizioni istituzionali dei trattati applicabili prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona a quelle previste da detto trattato...» (prot. n. 36 allegato ai trattati). Tali misure avevano ad oggetto sia aspetti procedurali del diritto dell'UE, quali, ad esempio, la definizione della maggioranza qualificata in seno al Consiglio e al Consiglio europeo, sia aspetti sostanziali, quali, ad esempio, l'individuazione dell'ambito di applicazione delle attribuzioni della Corte di giustizia e della Commissione europea nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, oggetto di una disciplina specifica rispetto ad altre materie del titolo V TFUE (relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), quali la politica di immigrazione e asilo e la cooperazione giudiziaria in materia civile, o infine, il regime di applicazione differenziata cui sono soggette le disposizioni dello stesso titolo. Le novità derivanti dalla conclusione del regime transitorio in relazione a questi aspetti appaiono particolarmente rilevanti, dal momento che rappresentano un ulteriore passo nel processo volto a rendere più trasparente, democratico ed equilibrato il processo decisionale e a collocare le politiche in materia di giustizia e affari interni su un piano di parità con le altre politiche dell'UE. Di qui l'interesse a verificarne più nel dettaglio i contenuti.

Alcune modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona hanno riguardato le nuove regole relative al calcolo della maggioranza qualificata in seno al Consiglio e al Consiglio europeo, quest'ultimo innalzato al rango di istituzione dell'UE dal Trattato di Lisbona e chiamato dallo stesso trattato a deliberare, in alcuni casi, a maggioranza qualificata. Il nuovo sistema per la definizione della maggioranza qualificata in seno al Consiglio europeo e al Consiglio è divenuto efficace solo a decorrere dal primo novembre 2014. Sino ad allora, la definizione della maggioranza qualificata si basava su un sistema di voti ponderati, ossia sull'attribuzione, ai voti di ciascuno Stato membro, di una diversa ponderazione (le deliberazioni erano valide se avevano ottenuto almeno 260 voti su 352, che esprimessero il voto favorevole della maggioranza o di almeno due terzi dei membri

a seconda che fossero o meno su proposta della Commissione). Tali regole erano state quindi integrate con un ulteriore criterio, introdotto con il Trattato di Nizza, in forza del quale a ciascun membro del Consiglio europeo o del Consiglio era riconosciuta la facoltà di chiedere altresì la verifica che gli Stati membri componenti la maggioranza qualificata rappresentassero almeno il 62% totale della popolazione.

Le nuove regole prevedono invece un sistema di doppia maggioranza, dei membri del Consiglio o del Consiglio europeo e della popolazione, più democratico, in quanto introduce una ponderazione diretta e proporzionale con la popolazione europea, evitando che i cittadini di un piccolo Stato membro contino di più rispetto a quelli di un grande Paese. In caso di adozione di un atto da parte del Consiglio su proposta della Commissione o dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, la maggioranza qualificata richiede infatti il sostegno di almeno il 55% dei membri del Consiglio, con un minimo di 15, rappresentanti Stati membri che totalizzino almeno il 65% della popolazione dell'UE. Il trattato riconosce peraltro la possibilità di costituire una minoranza di blocco, purché la minoranza comprenda almeno 4 membri del Consiglio (art. 16, par. 4, TUE). Qualora il Consiglio non deliberi invece su proposta della Commissione o dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, la maggioranza qualificata richiede il sostegno di una percentuale più alta, ossia il 72% dei membri del Consiglio, mentre il requisito della rappresentanza demografica rimane fissato al 65% (art. 238, par. 2, TFUE). Inoltre, nel caso in cui non tutti i membri del Consiglio partecipino alla votazione (per es., in caso di atti di sviluppo dell'*acquis* di Schengen, atti adottati con il solo voto degli Stati membri della zona euro o atti adottati nell'ambito delle altre cooperazioni rafforzate), tali percentuali rimangono invariate, ma vengono calcolate su un numero inferiore di Stati. In tal caso, inoltre, muta il metodo di calcolo della minoranza di blocco (art. 238, par. 3, TFUE). Come detto, la nuova definizione di maggioranza qualificata si applica, come regola generale, a partire dal primo novembre 2014. Va ricordato peraltro che, in un periodo transitorio che si conclude il 31.3.2017, il sistema previgente sulla ponderazione dei voti, completato dall'eventuale richiesta di verifica sulla corrispondenza con una percentuale della popolazione dell'UE, potrà comunque continuare a trovare applicazione qualora uno Stato ne faccia richiesta in relazione all'adozione di una specifica decisione del Consiglio o del Consiglio europeo (art. 16, par. 5 e art. 3, par. 2, prot. n. 36). Se accolta, tale possibilità precluderebbe però per lungo tempo ancora l'effettiva entrata in vigore del nuovo sistema per la definizione della maggioranza qualificata.

A partire dal primo dicembre 2014, l'insieme delle attribuzioni della Commissione europea e della Corte di giustizia è divenuta applicabile anche agli atti adottati nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale (*ex terzo pilastro*), prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Per comprendere la portata di tale modifica, occorre ricordare che, in base al regime previgente, l'*ex art.* 35 TUE individuava unicamente tre tipi di rimedi giurisdizionali esperibili in relazione al settore in questione: il rinvio pregiudiziale, l'azione di annullamento (limitatamente al controllo di legittimità di decisione e decisioni quadro nei ricorsi proposti esclusivamente da uno Stato membro o dalla Commissione) e la risoluzione di controversie tra Stati membri e tra Stati

membri e la Commissione, ad esclusione quindi di altri rimedi quali la procedura di infrazione o il ricorso per risarcimento danni (a fronte di tale incompletezza dei rimedi giurisdizionali, la Corte ha però promosso un'applicazione estensiva dei principi comunitari, quali quello di interpretazione conforme e leale cooperazione, nell'ambito del terzo pilastro: CG, 16.6.2005, C-105/03, *Pupino*). Rispetto a quanto stabilito nell'ambito del primo pilastro (ex art. 234 TCE), la competenza a titolo pregiudiziale della Corte era poi limitata sotto diversi aspetti. Innanzitutto, la Corte era competente a statuire in via pregiudiziale solo sulla validità o l'interpretazione di decisioni quadro e decisioni, sull'interpretazione di convenzioni adottate in virtù dell'ex titolo VI TUE, nonché sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse e non anche sull'interpretazione delle disposizioni del TUE. In secondo luogo, l'esercizio della competenza in via pregiudiziale era subordinato alla condizione che lo Stato membro interessato effettuasse una dichiarazione con cui accettava detta competenza, stabilendo altresì se il rinvio poteva essere effettuato esclusivamente dalle giurisdizioni di ultima istanza o da tutti i giudici nazionali. Infine, alle giurisdizioni di ultima istanza era in ogni caso riconosciuta solo una facoltà e non un vero e proprio obbligo di adire la Corte, ciò che limitava seriamente l'obiettivo di garantire un'applicazione e una interpretazione uniforme del diritto nell'ambito dell'UE.

In seguito all'abolizione, ad opera del Trattato di Lisbona, della struttura in pilastri dei trattati e all'estensione del sistema giurisdizionale comunitario al settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, la Corte di giustizia ha acquisito una competenza generale in relazione al diritto UE. Al fine di consentire di prepararsi a questo cambiamento in un settore molto sensibile alle esigenze connesse alla sovranità degli Stati, i trattati hanno però previsto una misura transitoria. Come risulta dall'art. 10, nn. 1 e 3, del prot. n. 36, «per quanto riguarda gli atti dell'Unione nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale che sono stati adottati prima della data dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le attribuzioni della Corte in virtù del titolo VI del Trattato UE, nella versione anteriore a tale data, restano invariate per un periodo di cinque anni dopo questa medesima data, anche quando sono state accettate conformemente all'articolo 35, paragrafo 2, di quest'ultimo Trattato» (CG, 7.12.2012, C-27/11, *Vinkov*). A ciò si aggiunga che, durante il medesimo periodo e in relazione agli stessi atti, erano altresì limitate le attribuzioni della Commissione ai sensi dell'art. 258 TFUE, non essendo applicabile il procedimento di infrazione. Le disposizioni transitorie sopra richiamate hanno cessato di avere effetto il primo dicembre 2014. A conclusione di detto periodo, decadono dunque le limitazioni poste all'esercizio del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia e al ruolo della Commissione in un settore ove è particolarmente sentita l'esigenza di assicurare l'applicazione uniforme degli atti normativi e di valutarli sotto il profilo della loro conformità ai diritti fondamentali. Si tratta di una novità particolarmente rilevante per i cittadini e per i sistemi di giustizia penale e di polizia dell'UE, grazie alla quale giunge a compimento il processo di *comunitarizzazione* del terzo pilastro iniziato da tempo. La rilevanza di tale novità è data anche dal superamento del complesso «doppio regime» cui l'esercizio, da parte della Corte di giustizia, delle proprie competenze secondo le regole in precedenza vigenti aveva dato luogo negli ultimi anni.

Le disposizioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono soggette a un complesso regime di applicazione differenziata di cui beneficiano Regno Unito, Irlanda e Danimarca. In particolare, il Regno Unito gode di una posizione speciale con riferimento alle materie oggetto del titolo V TFUE, quale espressa nel protocollo Schengen o nei protocolli nn. 20 e 21, allegati al TUE e al TFUE. Specifiche disposizioni riguardanti il solo Regno Unito sono contenute anche nel prot. n. 36. In conformità a tale protocollo (art. 10, par. 4), il Regno Unito ha potuto, nel luglio 2013, informare il Consiglio, che, con riferimento agli atti dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non avrebbe accettato le attribuzioni della Commissione e della Corte di giustizia quali previste nella versione post-Lisbona. Gli atti in questione hanno quindi cessato di applicarsi al Regno Unito a decorrere dal primo dicembre 2014. Avvalendosi poi della possibilità, prevista dal prot. n. 36 (art. 10, par. 5), di notificare in qualsiasi momento la propria volontà di partecipare ad atti che hanno cessato di applicarsi nei suoi confronti, il Regno Unito ha invece di recente informato il Consiglio, con una lettera avente effetto dal primo dicembre 2014, della propria decisione di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen contenute in atti dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale e ad atti dell'UE nel medesimo settore, adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che non fanno parte dell'*acquis* di Schengen, riguardanti, ad esempio, la lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo a livello europeo (si vedano, rispettivamente, dec. Consiglio 2014/857/UE, in GUUE L 345, del primo dicembre 2014 e dec. Commissione 2014/858/UE, in GUUE L 345, del primo dicembre 2014).

Il nuovo Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti e delle fondazioni politiche europee

di *Giorgio Grasso e Giulia Tiberi*

Con l'approvazione del nuovo Regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni europee (Regolamento n. 1141/2014), contestualmente all'approvazione del Regolamento n. 1142 (che modifica il regolamento finanziario dell'Unione europea per la parte concernente il finanziamento dei partiti europei), sembrano delinearsi alcune inedite prospettive per la futura disciplina dei partiti europei. Il testo, infatti, che troverà la sua prima applicazione dal 1° gennaio 2017, compie importanti passi in avanti per creare le condizioni di un autentico sistema di partiti politici europei effettivamente «in lotta per il potere», secondo una missione che non ha avuto nella cornice europea la stessa pregnanza di significato che le si attribuisce nel contesto nazionale, per la difficoltà dei partiti europei di concorrere davvero per promuovere indirizzi politici contrapposti, rispetto a una forma di governo sulla quale, anche dopo la formazione della Commissione Juncker, è solo parzialmente innestato il meccanismo fiduciario tipico dei regimi parlamentari nazionali.

Il Regolamento, in tale scenario, mostra di aggredire molte delle farraginosità che hanno contraddistinto sinora la costituzione e l'azione dei partiti a livello europeo – dalla malcerta e frammentata soggettività giuridica alla rigidità delle procedure di finanziamento, passando per la scarsa partecipazione popolare alla loro attività – attraverso una più compiuta regolamentazione, volta ad innalzare il tasso di « politicizzazione » all'interno del Parlamento europeo, per superare il problema cruciale nell'attuale stadio dell'integrazione europea ossia la « disconnessione democratica » tra istituzioni sovranazionali e forme di indirizzo e controllo operanti in ambito nazionale. Sotto questo profilo sarebbe stata auspicabile una transizione breve verso il nuovo assetto partitico, a fronte della persistente crisi economico-finanziaria che richiederebbe una forte coscienza politica direttamente a livello europeo, mentre l'applicazione del Regolamento è stata rinviata al 2017 e, pur abrogandosi il Regolamento n. 2004/2003, a ragione considerato poco più di un insieme di regole per disciplinare l'accesso ai finanziamenti gravanti sul bilancio dell'Unione, quest'ultimo continuerà ad applicarsi agli esercizi 2014-2017.

Tra gli elementi di novità spicca la volontà di emancipare i partiti europei da quelli nazionali, superando la *deminutio* che li ha sempre caratterizzati come mere « organizzazioni ombrello dei partiti nazionali », volontà resa evidente sin dalla nuova denominazione di « partiti politici europei » in luogo della qualificazione di « partiti politici a livello europeo » (art. 2) e tradottasi nella scelta di uno *status* giuridico comune connotato da una « personalità giuridica europea », con l'inserimento in un apposito registro pubblico accessibile online, cui consegue il riconoscimento della capacità giuridica in ciascuno degli Stati membri e l'applicazione del quadro normativo comune dettato dal Regolamento (artt. 12-15). Ciò reca con sé lo scavalco della « geometria variabile » delle differenti discipline nazionali (che continueranno a definire soltanto gli aspetti non normati dal Regolamento, *ex art.* 14): non più dunque soggetti giuridici nazionali, prevalentemente di diritto belga, quali oggi sono i partiti e le fondazioni europee, pur ricevendo fondi del bilancio comunitario, bensì soggetti dell'Unione destinati a rafforzarsi per numero e per azioni anche in virtù di ulteriori innovazioni poste a corredo del testo in commento. Tra queste: lo sganciamento tra condizioni necessarie per la registrazione come partito europeo e quelle richieste invece per il citato finanziamento, ora vincolato all'essere rappresentati nel Parlamento europeo da almeno un eurodeputato (art. 17), in grado di agevolare la nascita di nuovi partiti tra una tornata elettorale e l'altra; il passaggio ad un sistema più elastico di finanziamento (con contributi da rendicontare *ex post* utilizzabili in un arco temporale più ampio, in luogo di sovvenzioni subordinate alla presentazione di un programma di lavoro annuale), controbilanciato da forme più incisive di trasparenza, controllo e sanzione sulle attività svolte; l'aumento dell'autofinanziamento grazie all'innalzamento della soglia delle donazioni individuali (diciottomila euro).

Ulteriore rilevante novità è l'aver sottratto le decisioni riguardanti la registrazione, il controllo e l'irrogazione di sanzioni, tra cui la cancellazione dal registro (con l'esclusione dell'accertamento della violazione dei valori dell'Unione, di cui subito si dirà), alla logica politica della regola di maggioranza in Parlamento, per « neutralizzarle » in un'Autorità indipendente di nuovo conio, ubicata presso il medesimo (art. 6), la cui composizione

monocratica ha fatto sollevare obiezioni in Consiglio (così anche il governo italiano), circa l'assenza di un adeguato sistema di contrappesi, non potendosi qualificare come tale l'intervento del Comitato di sei personalità indipendenti nominati dalle tre istituzioni dell'Unione, chiamato a rendere pareri solo «su richiesta dell'Autorità» (art. 11), pareri che la medesima peraltro potrebbe sempre disattendere (art. 10, par. 3).

Altresì il coinvolgimento diretto dei cittadini nei partiti europei è ora espressamente previsto grazie a una partecipazione anche a titolo individuale (il partito politico europeo è infatti definito «cooperazione strutturata tra partiti politici *e/o cittadini*»: art. 2), ma certo il punto di forte debolezza, che questa disposizione può largamente minare, è rappresentato dall'espunzione nel testo definitivamente approvato della previsione di obblighi di democrazia interna negli statuti dei partiti, indicati nell'iniziale proposta della Commissione quale condizione per il finanziamento, tra cui in particolare l'elezione democratica degli organi di partito e criteri chiari e trasparenti per la selezione dei candidati e dei titolari delle cariche pubbliche, ora annacquati nella previsione di mere disposizioni di «governance» interna (art. 4).

Un cenno va infine dedicato a quello che, anche nel contesto del nuovo Regolamento, ma con norme sensibilmente cambiate rispetto al passato, sembra rimanere l'aspetto di maggiore criticità dell'intera regolamentazione sui partiti europei, almeno dal momento in cui la norma sui partiti, formulata originariamente a Maastricht, è stata attuata nelle fonti che sono intervenute in questo campo, dal Regolamento n. 2004/2003 in avanti. Ci si riferisce al rapporto che intercorre tra i partiti europei e l'insieme dei valori (costituzionali) dell'Unione, enunciati nell'art. 2 del TUE e che, lungo tutto lo svolgersi del Regolamento, costituiscono il parametro di riferimento essenziale su cui misurare i programmi e le attività dei partiti, cioè la loro capacità di fare politica nell'arena europea, contribuendo a formare una coscienza politica europea e a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione, secondo quanto recitano l'art. 10 del Trattato e l'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali. Ora, il rispetto, nel programma e nell'attività, da parte dell'alleanza politica che chiede di essere registrata come partito europeo, dei valori sui quali è fondata l'Unione (rispetto della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, etc.) dovrebbe rappresentare, tra tutte le altre, la condizione sostanziale per la registrazione presso l'Autorità (art. 3), in grado di assicurare una coerenza effettiva delle modalità di lotta politica dei partiti europei a quei valori, rendendo più difficile per esempio la registrazione come partito politico europeo per formazioni politiche ispirate da idee nazionaliste o persino xenofobe.

Ora, anche solo una prima lettura delle disposizioni del Regolamento che si riferiscono ai valori fa sorgere un ventaglio di domande, che segnano tutta la problematicità del loro impatto sui partiti europei. Considerando esemplarmente il valore che ha probabilmente maggior peso ai nostri fini, quello di democrazia, c'è da chiedersi in che modo si può accertare l'autentica conformità del partito al principio democratico, al di là dell'obbligo di predisporre, in sede di domanda di registrazione, una dichiarazione ufficiale standardizzata su un formulario allegato al Regolamento. E, ottenuta la registrazione, anche sulla verifica da parte dell'Autorità che i partiti (e le fondazioni) continuano a soddisfare le condizioni di cui godevano al momento della registrazione, compreso il requisito di conformità demo-

cratica, si pongono analoghe domande. Soprattutto ci si deve interrogare sull'opportunità di aver lasciato soltanto agli organi politici (il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione, nonché lo Stato membro interessato, nel caso di partito europeo con sede nel suo territorio), e non direttamente all'Autorità indipendente, come per altre fattispecie sopra ricordate, l'impulso di presentare una richiesta di verifica dell'osservanza delle condizioni riguardanti il rispetto dei valori dell'Unione; e poi, in presenza di un'eventuale decisione della medesima Autorità di revocare la registrazione, solo in «ragione di una violazione manifesta e grave all'osservanza» di tali condizioni (e non «grave e persistente» come l'art. 7 TUE prevede per le violazioni commesse dagli Stati), di permettere al Parlamento e al Consiglio di sollevare un'obiezione in merito alla decisione dell'Autorità, che potrebbe dipendere da rapporti di forza dentro al Parlamento o da accordi politici presi nel seno del Consiglio, con reciproci poteri di veto capaci di condurre ad uno stallo delle decisioni.

L'impressione finale è che il Regolamento abbia voluto conservare eccessivamente le mani libere alla politica e, di contro, non offra un disegno del tutto convincente dell'Autorità indipendente, con una aggravante rispetto al testo del 2003: allora sembrava profilarsi la prospettiva di un irrobustimento dei vincoli per i partiti, anche sul versante della democrazia interna. Oggi, ancora guardando al principio democratico, non essendo richiesta la coerenza dello statuto a regole di democrazia interna, potrebbe ottenere la registrazione e il successivo cospicuo finanziamento una formazione politica che, dal punto di vista dell'organizzazione, risulti scarsamente democratica, finendo così per tradire, senza rimedio alcuno, proprio uno dei valori fondamentali su cui l'Unione è costruita.

Trasparenza e gruppi di pressione: la Commissione europea dà il buon esempio

di *Pier Luigi Petrillo*

Non sarà la svolta del secolo ma senza dubbio la decisione della Commissione europea del 25 novembre 2014 di rendere pubblici gli incontri avuti con i lobbisti è senz'altro un fatto positivo. Nello specifico, la Commissione, con le decisioni C(2014)9048 e C(2014)9051, ha disposto l'obbligo, rispettivamente, per i direttori generali della Commissione e per i Commissari e i membri del loro staff, di fornire ogni utile informazione circa i «meetings» svolti con portatori di interessi particolari. Le due decisioni, sostanzialmente identiche nel contenuto, trovano la base giuridica, da un lato, negli articoli 10 e 11 del Trattato sull'Unione europea laddove si dispone che le Istituzioni devono dare la possibilità ai cittadini e alle associazioni di rappresentanza di scambiare le proprie posizioni con i decisori pubblici secondo regole di trasparenza e di parità di accesso e di partecipare alla vita democratica dell'Unione, dall'altro, nell'articolo 2 del Protocollo 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità secondo cui la Commissione deve svolgere ampie consultazioni pubbliche prima di presentare un atto normativo.

A partire dal 1° dicembre 2014, di conseguenza, sul sito internet della Commissione è possibile, per chiunque, conoscere gli incontri svolti dai Commissari, dai membri del loro

staff, e dai direttori generali con i lobbisti, questi ultimi definiti come quelle organizzazioni o quei liberi professionisti che si pongono l'obiettivo di influenzare il processo decisionale europeo (art. 2, lett. *b* di entrambe le decisioni). Al termine di ogni incontro, ed entro 15 giorni dalla sua conclusione, i responsabili dei vari uffici dovranno rendere pubblici la data e il motivo dell'incontro, il nome del decisore pubblico incontrato, la tematica trattata ed il nome della società incontrata (si noti bene: l'articolo 5 delle decisioni precisa che potrà essere reso pubblico il nome proprio del lobbista incontrato solo se questo vi acconsente espressamente; viceversa sarà pubblicato il nome del soggetto giuridico per il quale lavora). Non tutti gli incontri, tuttavia, devono essere così rendicontati. Gli articoli 2 e 3 delle decisioni prevedono, infatti, numerosi casi ai quali non si applicano le nuove norme: gli incontri con le parti sociali, con i rappresentanti di partiti politici, di istituzioni nazionali anche locali, di organismi internazionali, di comunità o associazioni religiose o «filosofiche e non confessionali» (art. 3, c. 1).

La finalità di questa decisione appare evidente e rientra in quel percorso di «dialogo aperto e strutturato» con i gruppi di pressione avviato dalla Commissione fin dal 1992 con l'omonima comunicazione basata sul principio dell'equo trattamento dei gruppi di pressione da parte della burocrazia interna. Lo stesso percorso poi seguito dalla Commissione nel 2005 da parte dell'allora Commissario antifrode europeo, Sim Kallas, con la *European Transparency Initiative* (cfr. COM2006.194 su cui si veda E. Ferioli, *L'attività dei gruppi di pressione nell'Unione Europea*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2012, pp. 91 ss.). A seguito di queste decisioni, e di altre simili, nel giugno 2011, la Commissione e il Parlamento europeo hanno siglato un *Interinstitutional Agreement* finalizzato a istituire un registro dei lobbisti su base volontaria (e abrogando, al tempo stesso, quello obbligatorio previsto dal 1996 per il solo Parlamento): tale registro, tuttavia, definito «della trasparenza», essendo facoltativo e non prevedendo alcun «vantaggio» per i soggetti iscritti ma obblighi di rendere pubblici affari e obiettivi, ha avuto un esito decisamente negativo (cfr. P.L. Petrillo, *European Union and Pressure Groups. A legal perspective*, in M. Cartabia, N. Lupo e A. Simoncini, *Democracy and subsidiarity in the EU*, Il Mulino, 2013, pp. 75 ss.). Si comprende, quindi, anche alla luce di quest'ultimo sostanziale fallimento, il desiderio della nuova Commissione europea di «giocare a carte scoperte» ovvero di fare in modo che siano conoscibili gli incontri avuti con i gruppi di pressione anche al fine di evitare le consuete dietrologie.

Certo non può nascondersi come questa decisione – la prima di questo tipo nella storia delle Istituzioni dell'Unione – sia anche il frutto delle polemiche che hanno investito alcuni Commissari europei, accusati di essere in palese conflitto di interessi perché lobbisti di professione o da questi sostenuti economicamente. Lo stesso Presidente Juncker è stato accusato dall'*International Consortium of Investigative Journalists* di essere stato finanziato per anni da alcune lobby tedesche di pneumatici e di armamenti; ugualmente la vice presidente della Commissione, Federica Mogherini, è stata accusata di avere scelto come portavoce Catherine Ray, sposata con il direttore di una grossa società di lobbying che cura anche gli interessi della multinazionale russa Gazprom. È indubbio, quindi, che questa decisione, assunta qualche settimana dopo l'insediamento ufficiale, risponda anche a queste polemiche, introducendo meccanismi di trasparenza che – pur se minimi – sono senz'altro preziosi.

Le decisioni di novembre 2014 trovano, quindi, il proprio fondamento «politico» nella necessità di assicurare la trasparenza di questo processo in un contesto istituzionale in cui la partecipazione di tali attori appare essere una scelta non modificabile né negoziabile. A tal fine la Commissione ha utilizzato uno strumento comune in diversi ordinamenti dove sono previsti, anche da tempo, registri pubblici degli incontri tra decisori e lobbisti: così, ad esempio, in Canada dal 1989, in Cile dal 2014, in Irlanda dal 2014, in Lituania dal 2001, in Polonia dal 2005, in Gran Bretagna dal 1996 in via di prassi e poi dal 2014 per legge, negli Stati Uniti d'America dal 1995, in Ungheria dal 2013 (cfr. OCSE, *Lobbyists, Governments and Public Trust*, vol. 3, Parigi, 2014). D'altronde la natura negoziale della dimensione comunitaria, la struttura della *governance* europea, il pluralismo delle sue istituzioni, la forma di governo dell'Unione «prescrittivamente collaborativa, che mira al coinvolgimento partecipativo procedimentalizzato con prevenzione del conflitto giurisdizionale» (F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione Europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione europea*, CEDAM, 2005, p. 120), hanno favorito la formazione dei gruppi di pressione a livello europeo, trasformandoli in attori indispensabili e vitali del sistema istituzionale unionale anche con una funzione di legittimazione della decisione finale, nell'assenza di partiti politici europei strutturati come mediatori di istanze sociali (cfr. N. Verola, *L'Europa legittima*, Passigli, 2006, p. 19).

Le decisioni in parola, dunque, consolidano la natura della forma di governo europea «a interessi garantiti», intendendo, con questa espressione, quelle forme di governo in cui i rapporti tra le istituzioni e una componente essenziale e inevitabile del sistema politico (i gruppi di pressione) sono, per un verso, fondati su regole che impongono la trasparenza degli attori, e, per un altro, sul ruolo assolto dai gruppi di pressione i quali contribuiscono a determinare l'indirizzo politico unionale secondo meccanismi e procedure codificate di confronto, consultazione, partecipazione. Per usare una metafora, è possibile evidenziare come, in questi contesti, a maggior ragione dopo l'approvazione delle decisioni di novembre 2014, il luogo fisico della decisione abbia pareti di vetro che consentono a chiunque di guardare e conoscere cosa accade dentro; ciò è estremamente rilevante se si pensa che al tavolo della decisione, possono ben sedersi anche i portatori di interessi particolari che, pur non sostituendosi ai decisori né assumendosi la responsabilità politica della scelta finale, godono di veri e propri diritti a rappresentare direttamente le proprie ragioni. Così disponendo sono garantiti anche gli «interessi» dei cittadini-elettori che possono, in qualsiasi momento, conoscere i fattori che hanno influenzato i decisori nell'assumere *quella* particolare scelta tra le tante possibili, nonché i soggetti che l'hanno influenzata e i meccanismi che l'hanno determinata, così da conseguire, inoltre, il maggior consenso possibile intorno all'intervento normativo (A. Vendaschi, *Le istituzioni europee e la qualità del rafting comunitario: strumenti e soluzioni peculiari*, in G.G. Floridia e R. Orrù (a cura di), *Meccanismi e tecniche di formazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Giappichelli, 2007, p. 7).

La Commissione europea ha offerto, in questo modo, un nuovo modello di gestione dei rapporti tra decisori pubblici e interessi organizzati, utile specialmente per quei paesi, come l'Italia, che pur contando numerose norme finalizzate a rendere trasparente (in

linea teorica) il processo decisionale, si ostina a dare scarsa e contraddittoria attuazione a tali disposizioni preferendo lasciare nell'oscurità i reali ed effettivi meccanismi che incidono sulla formazione dell'indirizzo politico.

Caso Mascolo: le supplenze nella scuola

di *Benedetto Cimino*

L'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE fissa limiti e sanzioni per la reiterazione di contratti di lavoro a termine, indistintamente applicabili ai datori di lavoro privati e alle pubbliche amministrazioni. In Italia, il d.lgs. n. 368/2001 individua causali e numero massimo dei rinnovi, stabilendo, in caso di violazioni, la conversione in contratto a tempo indeterminato. Le norme sul pubblico impiego, tuttavia, contengono importanti deroghe a questa disciplina: la sanzione è il risarcimento del danno, esclusa la conversione automatica (art. 36, d.lgs. n. 165/2001); in alcuni settori specifici, poi – tra questi, il servizio scolastico – la reiterazione è ammessa senza limiti (art. 10, d.lgs. n. 368/2001). La sentenza *Mascolo* (C. giust. 26 novembre 2014, C-22/13 e riunite, *Mascolo e altri*) è il quarto intervento della Corte di giustizia in materia di precariato pubblico italiano, dopo le sentenze *Vassallo* e *Marrosu* del 2006, l'ordinanza *Affatato* del 2010, le ordinanze *Bertazzi* e *Valenza* del 2013 e l'ordinanza *Papalia* ancora nel 2013. Le prime hanno giudicato ammissibile la diversificazione delle tutele in ambito pubblico e privato, purché entrambe effettive e dissuasive; il terzo intervento ha riguardato l'equivalenza delle condizioni d'impiego; l'ultimo ha rafforzato la tutela risarcitoria, semplificando l'onere della prova e irrobustendo le voci di danno. La Corte, nel caso in commento, si occupa ora della principale disciplina speciale: quella relativa ai docenti non di ruolo delle scuole, oggi all'incirca 148 mila (ma 251 mila nel 2005, anno di picco).

Rispetto al complessivo fenomeno del precariato pubblico, il precariato scolastico costituisce una categoria a sé: comuni sono le ragioni che lo hanno generato (incapacità di programmare i fabbisogni; contenimento della spesa; consolidamento delle aspettative degli interessati), ma differente è il contesto normativo e fattuale in cui si è formato, che occorre tratteggiare. In base agli artt. 399 ss. del *T.U. istruzione*, alla copertura delle cattedre si provvede tramite un doppio canale: il concorso pubblico e, per la metà dei posti disponibili, lo scorrimento da *graduatorie permanenti* (poi *ad esaurimento* o *GaE*). Il personale di ruolo, tuttavia, non consente di soddisfare il fabbisogno e ciò per due ragioni, l'una in principio fisiologica, l'altra chiaramente patologica. La prima si lega al disallineamento tra il c.d. *organico di diritto* e il bisogno effettivo di docenti (*l'organico di fatto*), dovuto ai mutevoli flussi della domanda (iscrizioni, trasferimenti, ripetenti, formazione di «spezzoni» di cattedra, ecc.) e alla necessità di personale per le sostituzioni: secondo l'art. 4, comma 2, l. n. 124/1999, per coprire tali posti formalmente considerati «non vacanti» ma «di fatto disponibili», si conferiscono supplenze «fino al termine delle attività didattiche» (*id est*, fino a giugno di ogni anno). La seconda ragione si lega al blocco dei concorsi e alle scoperture sull'organico di diritto: ai sensi dell'art. 4 della l. n. 124/1999, per coprire

posti «vacanti e disponibili» sull'organico di diritto «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo», si conferiscono supplenze annuali (attualmente, circa 14 mila). Per le varie supplenze si attinge alle medesime graduatorie per l'immissione in ruolo (art. 4, l. n. 124/1999) e gli anni di servizio in qualità di supplente costituiscono titoli per l'avanzamento. Si consideri che dal 2000 e fino al 2011 non sono stati indetti nuovi concorsi a cattedra, per cui le *GaE* sono divenute l'unico canale di accesso alla docenza. Come si mostrerà, la diversa tipologia di supplenze e di supplenti è decisiva ai fini del ragionamento della Corte.

Come anticipato, l'*A.Q. sul tempo determinato* impone di adottare *adeguate misure* per contrastare il ricorso abusivo a contratti a termine, di natura preventiva (clausola § 5.1: «ragioni obiettive» per il rinnovo) o repressiva (§ 5.2: risarcimento o conversione automatica). Nel caso del precariato scolastico, sanzioni non sono contemplate: il rinnovo *ad libitum* dei contratti di supplenza è imposto per legge, attingendo dalle graduatorie. Il *thema decidendum*, dunque, investe la complessiva *ragionevolezza* del modello adottato, rispetto alle reali esigenze del sistema scolastico.

La giurisprudenza interna ha finora salvaguardato il sistema delle graduatorie permanenti per due ordini di ragioni. Sul piano oggettivo, l'imprevedibilità e la variabilità della domanda e le correlate, ineliminabili esigenze di flessibilità impedirebbero di assumere stabilmente il personale supplente. Sul piano soggettivo, poi, si tratterebbe di un legittimo *percorso formativo-selettivo* con «una seria prospettiva del riconoscimento di un lavoro a tempo indeterminato», nel quale «il conferimento dell'incarico di supplenza (...) è il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione (...) in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza» (Cass., sez. lav., 20 giugno 2012, n. 10127). A questi argomenti è agevole obiettare che non si può prevedere con esattezza *dove* vi saranno cattedre scoperte, ma il fabbisogno nella *sua dimensione complessiva* è permanente e può essere stimato con buona approssimazione: nulla impedisce di assumere stabilmente un contingente di docenti da destinare ad esigenze (anche geograficamente) mutevoli. L'immissione in ruolo per scorrimento della graduatoria, poi, è aleatoria e non costituisce una *misura equivalente* alla conversione.

La Corte di giustizia non ha dato risposte definitive: fa salva la disciplina nazionale, nei suoi assetti portanti e in linea di principio; ma rimette ai tribunali la concreta verifica di eventuali abusi, senza offrire indirizzi certi che ne limitino la discrezionalità. Questi i passaggi decisivi: *quanto alle supplenze per sostituzioni*, in presenza «di un organico significativo, come [ne] settore dell'insegnamento, è inevitabile che si rendano spesso necessarie sostituzioni temporanee a causa (...) dell'indisponibilità di dipendenti (...). La sostituzione temporanea (...) in tali circostanze può costituire una ragione obiettiva» per il rinnovo dei contratti (§ 92). Già nel caso *Kukuk* del 2012 la Corte aveva ritenuto che la natura temporanea dell'*esigenza* datoriale non debba essere considerata in termini aggregati, ma singolarmente, con riferimento allo specifico contratto di sostituzione. Ciononostante e non senza ambiguità, la Corte precisa che il giudice dovrà in ogni caso accertare la ricorrenza di abusi evidenti, da valutare in relazione al «numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro» (§ 102); *quanto alle*

supplenze sull'organico di fatto, lo Stato ha «l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. (...) Tale adeguamento dipende da un insieme di fattori, taluni dei quali (...) difficilmente controllabili o prevedibili». Vi è dunque «un'esigenza particolare di flessibilità (...) per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di (...) immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario» (§§ 94-95). Anche su questo fronte, tuttavia, l'esistenza di una «ragione obiettiva» non esclude che la sua «applicazione concreta» possa condurre «nei fatti» ad abusi: in verità, il rischio di assunzioni in soprannumero per coprire l'organico di fatto è solo teorico, per lo stabile disallineamento con il contingente di diritto. Anzi, proprio l'esistenza di due *organici paralleli* dovrebbe costituire un significativo indice di abuso; *quanto alle supplenze sull'organico di diritto*, «qualora uno Stato membro riservi (...) l'accesso ai posti permanenti al personale vincitore di concorso» si giustifica «che, in attesa dell'espletamento di tali concorsi, i posti da occupare siano coperti con una successione di contratti» a tempo (§ 96). La normativa nazionale tuttavia contrasta con il diritto europeo, in assenza di «un termine preciso» per la conclusione delle procedure e di un limite «al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto» (§ 106). È questo il passaggio più netto della sentenza (forse l'unico con indicazioni veramente vincolanti), sul quale ha evidentemente influito la lunga vacanza registratasi tra le tornate concorsuali.

Secondo una lettura conservativa, in base alla sentenza *Mascolo* è illegittima la sola reiterazione di contratti di supplenza per vacanze sull'organico di diritto, quando lo Stato non ne assicuri la copertura in tempi ragionevoli. Gli effetti sarebbero tutto sommato contenuti: questo tipo di supplenze è una frazione del totale; inoltre, perché si abbia titolo al risarcimento, la prassi antieuropea deve aver prodotto effetti sulla posizione dello specifico ricorrente, che dovrebbe dimostrare di aver svolto supplenze per più di tre anni su un medesimo posto vacante (di *diritto*, non solo di *fatto*) o comunque, su posti vacanti che non siano stati nel frattempo assegnati a personale di ruolo. Considerazioni opposte valgono laddove il sistema sia ritenuto *abusivo* nel suo insieme per gli *effetti* che produce: indefinita reiterazione di contratti senza prospettive certe di stabilizzazione, perdita delle retribuzioni nei mesi estivi e delle indennità spettanti ai docenti di ruolo (con correlati *indebiti* risparmi di spesa per lo Stato). In tal caso, pressoché l'intera platea dei supplenti avrebbe titolo alla ricostruzione di carriera e agli arretrati stipendiali, salvo il danno ulteriore.

Di là dalla gestione di questo complesso contenzioso, il Governo ha manifestato l'intenzione di superare per via legislativa l'assetto vigente e le criticità emerse a livello europeo, attraverso un triplice intervento, le cui risorse iniziali sono stanziare nella legge di stabilità per il 2015 (art. 1, commi 4 e 5, l. n. 190 del 2014). Anzitutto, l'assunzione straordinaria di *tutti* i docenti iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, purché disponibili ad assegnazioni anche fuori regione: circa 64 mila per coprire le scoperture, i restanti in soprannumero, aumentando l'offerta formativa. In secondo luogo, sopprimere il doppio canale di accesso, consentito in futuro solo tramite concorso che dovrebbe garantire, a regime, il mantenimento dell'organico esistente. Infine, l'istituzione dell'*organico funzionale*, superando il sistema del doppio organico (di fatto e di diritto) e i relativi disallineamenti.

Le misure prospettate appaiono nel solco delle tradizionali strategie per ricondurre a fisiologia il precariato pubblico (non solo scolastico) dopo le sue periodiche fasi di picco, basate su due pilastri: norme straordinarie di stabilizzazione per riassorbire il precariato storico; e norme a regime restrittive e di riordino, per prevenire nuove assunzioni fuori ruolo. Le prime conseguono solitamente l'obiettivo preventivato; le seconde, viceversa, si sono dimostrate spesso incapaci di modificare i comportamenti amministrativi, in assenza di efficaci strumenti di sanzione. Rispetto al passato, tuttavia, vi è ora un importante elemento di novità: la pressione esercitata (sia pure non senza ambiguità) dal diritto europeo. Questo già ora – come riconosciuto nei documenti di indirizzo del Governo – ha assunto un ruolo determinante nel dettare contenuti e tempistiche delle riforme in progetto; in futuro, il rischio di ricorsi seriali per violazione della direttiva 1999/70/CE – che la Cassazione non potrà più rigettare *de plano*, come fatto finora – e dei conseguenti risarcimenti potrebbe costituire un efficace deterrente per prevenire nuovi abusi.

Caso *Tümer*: l'espansione delle garanzie sociali degli immigrati irregolari

di *Erik Longo*

Le garanzie previste per i lavoratori subordinati si estendono anche ai lavoratori di paesi terzi che versino in una condizione di immigrazione irregolare? È una questione sempre controversa e difficile da risolvere rispetto alla quale non vi sono soluzioni univoche. Da un lato, applicare i diritti dei lavoratori subordinati anche a coloro che si trovano irregolarmente in un paese costituisce di per sé una violazione delle norme sull'immigrazione e, da un punto di vista socio-economico, un modo per favorire l'immigrazione clandestina. Dall'altro, permettere che un lavoratore non sia giustamente retribuito o, peggio, sfruttato per via della sua condizione di debolezza costituisce una violazione ancor più grave della dignità umana e dei diritti fondamentali sociali.

Un problema di questa natura è stato di recente affrontato e risolto in senso favorevole al lavoratore dalla Corte di Giustizia dell'UE nel caso *Tümer* (C-311/13), relativo all'applicazione delle direttive UE sulla tutela dei lavoratori subordinati nel caso di insolvenza del datore di lavoro. La vicenda giudiziaria riguardava il diritto alla retribuzione di O. Tümer, un cittadino turco trasferitosi da molti anni in Olanda il quale per il diniego del permesso di lunga residenza si era trovato a lavorare in quel paese senza un valido diritto di soggiorno. Quando la ditta di cosmetici nella quale era stato assunto dal 2005 aveva dichiarato il fallimento, l'ente olandese preposto al pagamento delle retribuzioni dei lavoratori di aziende in situazione di insolvenza (Istituto di gestione delle assicurazioni per i lavoratori subordinati) rifiutò al lavoratore il diritto all'indennità riconosciuta ai dipendenti di aziende in crisi opponendo la condizione di «irregolarità». Sebbene O. Tümer fosse un «lavoratore subordinato», in base alle regole del diritto civile dei Paesi Bassi egli non avrebbe avuto diritto ad alcuna prestazione, poiché la legge nazionale sulle aziende in condizione di insolvenza considera «lavoratore» solo colui che risiede legalmente in un

paese europeo. Investito dell'appello avverso la decisione dell'ente, il *Centrale Raad van Beroep* dei Paesi Bassi, sollevava questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia dell'UE ritenendo che l'esclusione in questione dei cittadini di stati terzi che non dispongono di un permesso di soggiorno costituisca una limitazione dell'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia incompatibile con il diritto dell'Unione.

Il ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia nella pronuncia in commento prende anzitutto in considerazione la base legale per l'adozione della legislazione europea sulle aziende in crisi. Secondo i giudici di Lussemburgo l'art. 137, comma 2, del TCE (ora articolo 153 del TFUE) relativo all'obiettivo di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori non è limitato solo agli europei ma si estende anche a cittadini dei paesi terzi qualunque sia la loro condizione. A questo proposito i giudici ricordano che sebbene la direttiva 2003/109 sui soggiornanti di lungo periodo si applichi solo a chi si trova legalmente in un paese europeo, ciò non preclude in alcun modo che altri atti dell'Unione, come la direttiva sui datori di lavoro insolventi (80/987), «riconoscano, a condizioni diverse, diritti ai cittadini di paesi terzi, al fine di realizzare gli obiettivi propri di tali atti». Il punto centrale del ragionamento dei giudici riguarda proprio quest'ultima direttiva e la definizione in essa richiamata di «lavoratore subordinato». Secondo la Corte per quanto questa definizione sia lasciata agli stati membri, il potere discrezionale di cui questi ultimi dispongono «non è illimitato». Tale potere è circoscritto dalle disposizioni della direttiva che limitano la facoltà degli stati di escludere dalla protezione certe categorie di lavoratori, e in particolare coloro che si trovano in una condizione atipica (lavoratori part-time, lavoratori con contratti temporanei o che sono stati assunti attraverso società fornitrici di lavoro). A questo proposito la Corte fa notare che la direttiva né esclude né espressamente permette l'esclusione di cittadini di paesi terzi. In aggiunta, il diritto civile olandese attribuisce a tutti i lavoratori subordinati, senza distinguere il possesso di un valido permesso di soggiorno, il diritto di ricevere lo stipendio.

Il ragionamento si chiude con un passaggio molto importante che tira in ballo gli obiettivi sociali della direttiva del 1980. Si dice nella sentenza che l'art. 2, paragrafo 2, della direttiva – in buona sostanza la norma che fa salva l'applicazione del diritto nazionale quanto alle nozioni di lavoratore, datore di lavoro, retribuzione, ecc. – «deve essere interpretato alla luce del fine sociale della medesima direttiva». È dunque irrilevante che il lavoratore in questione non abbia diritto a lavorare in Olanda, perché se gli stati membri non possono «definire, a loro discrezione, il termine “lavoratore subordinato” in modo tale da compromettere il fine sociale» della stessa direttiva, il cittadino di un paese terzo irregolarmente residente ma che agli effetti della normativa nazionale è un lavoratore subordinato rimane titolare del diritto di percepire la prestazione di insolvenza.

La decisione in commento farà certamente discutere non solo in ambienti accademici. Si possono fin da ora indicare tre aspetti che formeranno l'oggetto di tali discussioni. Il primo concerne in generale il diritto del lavoro europeo. Da quanto si legge appare chiaro che tali regole si applicheranno d'ora in avanti a tutti i lavoratori dei paesi terzi, incluso coloro che si trovino in una condizione di immigrazione irregolare. È una chiarissima affermazione che la base legale del diritto del lavoro europeo non è limitata ai soli cittadini di un

paese appartenente all'Unione. Sebbene l'innovazione sia mitigata dal fatto che tale interpretazione non può toccare il potere definito nello stesso art. 153 TFUE di adottare norme sulle «condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi», si può presumere, seguendo il ragionamento dei giudici, che l'esistenza di questa specifica competenza non potrà limitare l'estensione del principio espresso in *Tümer* ad altre direttive. Il secondo aspetto di valore concerne più nello specifico il campo di applicazione della decisione. Si può ragionevolmente immaginare che la nuova interpretazione non verrà circoscritta alla direttiva sull'insolvenza dei datori di lavoro ma potrà essere estesa anche ad altri settori. La Corte pare affermarlo esplicitamente quando dice che la direttiva del 2003 sullo status dei cittadini soggiornanti di lungo periodo «non esclude in alcun modo che altri atti dell'Unione», come nel caso della direttiva sull'insolvenza, «riconoscano, a condizioni diverse, diritti ai cittadini di paesi terzi, al fine di realizzare gli obiettivi propri di tali atti». In *Tümer* queste «condizioni diverse» hanno a che fare con gli obiettivi sociali della stessa direttiva e sono doppiamente vincolanti per lo stato membro: in primo luogo, perché non permettono l'esclusione dei diritti di cittadini provenienti da paesi terzi, qualunque sia la loro condizione per le regole sull'immigrazione; in secondo luogo, perché tali condizioni non consentono di opporre il dovere previsto nella stessa direttiva del 1980 di combattere forme di abuso dei diritti dei cittadini di paesi terzi. Il terzo aspetto che emerge in questa vicenda riguarda più da vicino la condizione dei lavoratori irregolari. Portando all'estremo quanto si legge nella sentenza i lavoratori che non soggiornano regolarmente possono d'ora in poi invocare tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori purché questi derivino da norme anche interne di origine europea.

L'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo trova il suo punto di caduta naturale nelle direttive adottate in questi anni per contrastare l'immigrazione irregolare e in particolare nella direttiva del 2009 che impone di sanzionare quei datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari. La sentenza *Tümer* è interamente coerente con la logica di evitare che i datori di lavoro sfruttino gli immigrati irregolari per ottenere benefici illegali. I motivi della sentenza sembrano proprio andare nella direzione di un rafforzamento dell'obbligo ricadente sugli stati di implementare la legislazione che vieta lo sfruttamento del lavoro irregolare; una legislazione che purtroppo risulta oggi ancora non del tutto attuata dagli stati membri, specie per quanto riguarda le norme rivolte a favore degli immigrati oggetto di sfruttamento (si veda a questo proposito la Comunicazione della Commissione europea COM(2014) 286).

Rimane da svolgere un'ultimissima considerazione sulla portata finale della decisione. Le ragioni espresse dalla Corte di Giustizia in questa sentenza avranno la forza di migliorare davvero e perciò combattere il fenomeno dell'immigrazione irregolare? La risposta non è semplice. Certamente in questa sentenza possiamo vedere un primo tentativo di rafforzare la garanzia posta dalla legislazione europea a favore di coloro che sono vittime dello sfruttamento. Ma al medesimo tempo il caso in commento mostra pure tutta la debolezza interna delle legislazioni statali, incapaci di mettere in piedi politiche di contrasto all'impiego di immigrati irregolari che vanno oltre le sanzioni per i datori di lavoro. In questo senso, spostare l'accento sul «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro» costituisce un decisivo passo in avanti sulla via del rafforzamento dei «diritti so-

ciali fondamentali» richiamati dall'art. 151 TFUE. Il caso *Tümer* apre, dunque, un nuovo indirizzo giurisprudenziale di cui sicuramente sentiremo parlare in futuro.

La Corte di giustizia precisa i diritti dei richiedenti asilo perseguitati a causa dell'orientamento sessuale

di *Daniele Mercadante*

Con le decisioni congiunte C-148/13, C-149/13 e C-150/13, del 2 dicembre 2014, la *Grand Chamber* della CGUE affronta i problemi sollevati dall'esame di domande di asilo motivate dal timore di persecuzioni basate sull'omofobia, ed emette una pronuncia che, con chiarezza, attribuisce ai latori delle istanze in parola pari dignità rispetto ad altri rifugiati, in fuga da persecuzioni originate da discriminazioni il senso del cui disvalore è maggiormente sedimentato nell'UE.

Tra il luglio e l'ottobre del 2012, il governo olandese respinse, per mancanza di credibilità, le domande di asilo di A, B e C, motivate dal timore di subire persecuzioni omofobe. A si era vanamente offerto di sottoporsi a non meglio specificati «test di orientamento sessuale», dicendosi anche disposto ad eseguire atti omosessuali. B, secondo l'autorità, non era stato in grado di fornire «maggiori dettagli sulle sue emozioni e sull'auto-percezione del proprio orientamento sessuale». C fornì un filmato nel quale compiva atti omosessuali; la sua domanda (la seconda, dopo che una precedente, nella quale non si menzionava il suo orientamento sessuale, era già stata rigettata) fu respinta, tra l'altro, perché non era stato in grado di descrivere le attività delle associazioni olandesi per i diritti degli omosessuali. I giudici olandesi di primo grado confermarono le tre decisioni. Il caso giunse, in appello, al *Raad Van State* (ove intervenne, come poi fece anche presso la CGUE, l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati). Gli appellanti sostennero che le affermazioni di un richiedente asilo circa il proprio orientamento sessuale non possono essere oggetto di verifiche da parte delle autorità, e che, in subordine, tali verifiche debbano comunque rispettare la dignità e la riservatezza dell'istante. Il governo olandese insistette per la loro necessità. Il *Raad Van State* affermò l'insufficienza delle sole dichiarazioni degli interessati al fine di appurarne l'orientamento sessuale. Quanto alla natura ed all'invasività delle indagini dirette a fornire riscontro a tali dichiarazioni, invece, alla luce della «comunitarizzazione» del diritto d'asilo e dei principi di cui alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta), l'organo giudicante ritenne di interpellare la CGUE sul seguente quesito: esistono, ai sensi del diritto dell'UE, dei limiti ai metodi di verifica della genuinità delle dichiarazioni dei richiedenti asilo in merito al relativo orientamento sessuale? E, se esistono, sono differenti rispetto a quelli relativi ad indagini su altri motivi di persecuzione?

La risposta della CGUE muove, come d'uso, da una rassegna delle disposizioni normative maggiormente rilevanti ai fini della pronuncia, adombrando in tal modo l'esito del caso. Vengono evocati gli articoli 4(1), 4(5) e 10 della Direttiva 2004/83/CE, del 29 aprile 2004. L'art. 4(1) consente agli stati membri di prevedere che il richiedente asilo sia obbligato a fornire alle autorità tutti gli elementi a sua disposizione, utili per l'esame dell'i-

stanza, alla prima occasione possibile, sotto pena del rigetto della domanda (ed i Paesi Bassi effettivamente impongono questa «allegazione immediata»). L'art. 4(5) specifica in quali casi le circostanze che indicano il bisogno di protezione non abbisognano di dimostrazione (si tratta di casi in cui, essendo impossibile o eccessivamente oneroso procurarsi una prova, il richiedente ha comunque prestato la massima collaborazione, ha fornito tutti gli altri elementi rilevanti a sua disposizione e si è rivelato, in senso generale, attendibile). L'art. 10 indica come, tra i «particolari gruppi sociali», l'appartenenza ai quali può dare diritto, alle condizioni fissate dalla Convenzione di Ginevra del 1954 «Sullo *status* dei rifugiati», e ribadite dalla Direttiva 2004/83/CE, alla qualifica di rifugiato, rientrino quegli insiemi di individui che condividono un determinato orientamento sessuale. La CGUE richiama, inoltre, l'art. 13 della Direttiva 2005/85/CE, il quale prevede che i colloqui con i richiedenti asilo debbano essere condotti da soggetti in grado di comprendere le specifiche circostanze di natura sia personale che ambientale in cui è maturata la domanda.

La CGUE inaugura, quindi, la parte finale del proprio sillogismo giuridico con alcune considerazioni di carattere generale. In primo luogo, si afferma che l'orientamento sessuale è da considerarsi un motivo di persecuzione assimilabile, nei limiti della ragionevolezza, a tutti gli altri, e, per questo, chi lo invoca è, come qualunque rifugiato, tenuto a fornire le prove della propria situazione di pericolo, a meno che non sia applicabile l'esenzione dall'onere di allegazione previsto dal cennato art. 4(5) della Direttiva 2004/83/CE. D'altra parte, il vaglio di un'istanza motivata dal timore di persecuzioni legate all'orientamento sessuale deve svolgersi, come ogni altra, nel rispetto dei principi di cui agli artt. 1 (inviolabilità della dignità umana) e 7 (rispetto della vita privata e familiare) della Carta, in modo da assicurare, come previsto dalla Direttiva 2005/85/CE, un esame «collaborativo» e «individualizzato».

Particolarmente rilevanti sono, poi, quattro indicazioni maggiormente specifiche che la CGUE ricava dall'applicazione di tali principi ai casi concreti che hanno fornito l'occasione per il rinvio pregiudiziale: *i*) l'indagine sull'accogliibilità della richiesta di asilo non può essere condotta esclusivamente sulla base di domande radicate in stereotipi omosessuali. In questo senso, è stato ritenuto che il rigetto di una domanda fondato esclusivamente sull'incapacità, da parte dell'istante, di illustrare le attività svolte dalle associazioni olandesi per i diritti degli omosessuali (circostanza contestata a C, ma la medesima *ratio* si ritiene applicabile a B) sarebbe illegittimo, in quanto discriminatorio; *ii*) non è ammissibile che le indagini delle autorità concernano dettagli intimi delle pratiche sessuali del rifugiato, in quanto ciò violerebbe l'art. 7 della Carta; *iii*) non soltanto esigere, ma anche solo permettere che sia «offerta», quale *soi disant* «prova» dell'orientamento sessuale, la disponibilità a sottoporsi a «test di omosessualità» o, peggio, a fornire filmati intimi o ad eseguire atti omosessuali, costituisce una violazione della dignità umana del richiedente (art. 1 della Carta). La CGUE rimarca che, anche qualora il ricorso a tali inqualificabili «mezzi di prova» fosse rimesso ad una «libera scelta» del rifugiato, essi finirebbero, di fatto, per divenire obbligatori; *iv*) ferma la libertà degli stati membri di imporre ai richiedenti asilo il citato onere di «allegazione immediata» di tutti gli elementi rilevanti ai fini del vaglio della rispettiva posizione, in materia di persecuzioni fondate sull'orientamento sessuale il principio di «individualizzazione» dei colloqui con i rifugiati renderebbe illegittimo il rigetto di una domanda basato esclusi-

vamente sulla circostanza che, in occasione del primo contatto con l'autorità responsabile, l'istante abbia omissis di palesare la propria omosessualità.

La decisione illustrata è, a parere di chi scrive, da salutare con favore. La CGUE, confrontandosi con domande di asilo la cui «specialità» avrebbe potuto prestarsi a trattamenti sfavorevoli, rispetto a richieste legate a persecuzioni la cui esecrabilità, nello spazio giuridico europeo, è maggiormente «consolidata», ha affermato l'assoluta parità di dignità di tutti i richiedenti asilo, incluse le vittime dell'omofobia. Laddove essa ha operato delle differenziazioni, lo ha fatto richiamandosi a principi generali (applicabili, per esempio, alle purtroppo numerose richieste di asilo dirette a fuggire le abominevoli pratiche di mutilazione genitale femminile), e a vantaggio di chi, aggredito sul piano dell'identità sessuale, abbia ragionevoli motivi per mostrarsi ritroso ad «esibire», sia pure nel paese di sperato rifugio, certi intimi dettagli del proprio vissuto. L'atteggiamento della CGUE merita di essere segnalato anche perché il dibattito sulla completa parificazione dei rifugiati vittime di omofobia agli altri richiedenti asilo è, pure nell'UE, tutt'altro che sopito (in questo senso, con peculiare riguardo alla giurisprudenza del Regno Unito, v. *Hathaway, James C.* «Queer Cases Make Bad Law.» *J. Pobjoy*, co-author. N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 44, no. 2, 2011, pp. 315-388, nonché, in generale, tutti gli articoli presenti nel fascicolo).

Si segnala, per chiudere, come la CGUE, affrontando il delicatissimo tema degli esecrabili «test» e delle parimenti disturbanti «prove fisiche» ovvero «cinematografiche» di orientamento sessuale, abbia fatto appello, al fine di dichiararne la proscrizione, all'art. 1 della Carta, ossia al principio dell'intangibilità della dignità umana, invece che, come suggerito dal *Raad Van State*, agli artt. 3 (diritto all'integrità della persona) e 7. I giudici di Lussemburgo hanno agito con sicurezza quale «corte dei diritti fondamentali», seppure prestando ancora un qualche ossequio alle proprie tradizionali forme argomentative, forse non perfettamente calzanti rispetto a questo ruolo. È dunque il caso di concludere sottolineando come la coraggiosa evocazione del supremo principio della dignità umana, sebbene in questo caso (ma ciò non vale forse per tutte le eventualità in cui esso è invocato a ragion veduta?) si giustifichi, in qualche modo, «da sé», avrebbe potuto accompagnarsi ad una motivazione maggiormente elaborata, per contribuire ulteriormente a delineare la natura dell'architettura dei diritti umani europei, e per lasciare che la CGUE prendesse ancora meglio la «mano» del mestiere di corte suprema del continente, che essa sembra, in ogni caso, destinata ad intraprendere (v. la recentissima CGUE, *Opinion 2/13 – Full Court* – del 18 dicembre 2014, sull'adesione dell'UE alla CEDU).

La Corte di giustizia e la ri-definizione normativa di «embrione umano»

di *Simone Penasa*

Il 18 dicembre 2014 (*International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, caso C-364/13), la Corte di giustizia dell'Unione europea ha definito la seconda fase della «saga» inaugurata dal caso *Brüstle* (*Brüstle v. Green-*

peace, caso C-34/10), relativa alla determinazione dell'ambito di applicazione del limite alla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, rappresentato dalle «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali» (art. 6, secondo comma, lett. c), direttiva 98/44). Come noto, la Corte di giustizia nel caso Brüstle ha proposto un'interpretazione «ampia» del concetto di embrione umano, all'interno del quale deve essere sussunto anche «(...) qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi» (Brüstle, par. 36). Secondo la Corte di giustizia, il criterio decisivo al fine di qualificare un ovulo non fecondato come «embrione umano», ai sensi dell'art. 6 della direttiva 98/44 CE, è rappresentato dalla capacità dell'organismo prodotto di «iniziare il processo di sviluppo di un essere umano».

La questione pregiudiziale proposta dalla *High Court* britannica (cfr. S. Penasa, *Opening the Pandora box: la Corte di giustizia nuovamente di fronte alla definizione di «embrione umano»*, in *QC*, n. 3, 2013, pp. 653-655) è finalizzata a chiarire l'esatto significato di tale criterio, chiedendo alla Corte europea «se gli ovuli umani non fecondati, stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi, e che, a differenza degli ovuli fecondati, contengono solo cellule pluripotenti e non sono in grado di svilupparsi in esseri umani, siano compresi nell'espressione “embrioni umani”, di cui all'articolo 6, paragrafo 2, lettera c)».

Appare opportuno soffermarsi sui motivi, connessi alla linea argomentativa adottata nel caso Brüstle, che hanno condotto la *High Court* a richiedere una nuova pronuncia. Il giudice britannico considera la definizione di embrione umano un elemento essenziale al fine di individuare il verso del bilanciamento che la direttiva 98/44 si propone di introdurre tra la promozione della ricerca in ambito biotecnologico e la tutela della dignità e integrità della persona (par. 19). In tal senso, il fatto di comprendere nella definizione di embrione umano anche il prodotto della partenogenesi – il cd. «partenote» – inciderebbe sulla proporzionalità del bilanciamento, risultando sproporzionato «to exclude processes of development which are incapable of leading to a human being» (punto 58 del ricorso; sul ruolo della dignità nel caso Brüstle, cfr. L. Violini, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *QC*, n. 1, 2012, pp. 147-148). Il giudice britannico propone, pertanto, un'interpretazione restrittiva della definizione di embrione umano, che risulta funzionale ad assicurare un ragionevole bilanciamento tra i diversi interessi giuridicamente rilevanti coinvolti.

Le Conclusioni dell'Avvocato generale relative al caso hanno accolto questa impostazione, proponendo una «risposta “esclusiva” alla questione sottoposta alla Corte, ossia l'esclusione di ovuli umani non fecondati stimolati a dividersi e svilupparsi attraverso la partenogenesi dalla nozione di “embrioni umani”» (Conclusioni dell'Avv. Gen. Cruz Villalón, 17 luglio 2014, par. 5). Determinante risulta inoltre la ricostruzione fattuale compiuta nel caso Brüstle. Sul punto, l'Avvocato generale rileva come, «alla luce delle ulteriori specificazioni fornite dal giudice del rinvio» (Conclusioni, par. 5), la Corte «si sia basata su argomentazioni che rispecchiano una comprensione inesatta del contesto tecnico quale si presenta allo stato attuale» (Conclusioni, par. 19). La ricostruzione dei presupposti tecnico-scientifici sui quali la Corte di giustizia ha fondato la decisione nel caso Brüstle rappresenta pertanto l'elemento decisivo ai fini della perimetrazione del concetto di

«embrione umano», non solo rispetto alle finalità della direttiva ma anche all'adeguatezza scientifica dell'argomentazione svolta: la Corte di giustizia non avrebbe valutato in modo appropriato «lo stato dell'evoluzione tecnico-scientifica», giungendo a un'assimilazione tra embrione e partenote che, alla luce degli elementi dedotti dalle parti nel caso che qui si commenta, risulta scientificamente inadeguata. Secondo l'Avvocato generale, inoltre, il criterio definito nel caso *Brüstle* – la capacità di «commencing the process of development of a human being» – verrebbe soddisfatto esclusivamente «se tale ovulo non fecondato abbia la capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano, ossia se esso costituisca davvero l'equivalente funzionale di un ovulo fecondato» (p. 73 delle Conclusioni).

La «capacità intrinseca» viene quindi adottata anche dalla Corte di giustizia quale elemento determinante al fine di ricondurre una specifica entità biologica – quando essa non derivi dalla fecondazione di un ovulo – al concetto di «embrione umano», ai sensi dell'art. 6 della direttiva 44/98. Da un lato, quindi, la Corte conferma la natura non essenziale del criterio della fecondazione dell'ovulo, ai fini della qualificazione di una entità biologica come «embrione umano»; dall'altro lato, essa adotta l'interpretazione «riduttiva» proposta dall'Avvocato generale, secondo cui l'espressione «capable of commencing the process of development of a human being» deve essere intesa nel senso di «inherent capacity of developing into a human being». Non sarebbe, quindi, sufficiente la mera capacità di iniziare il processo di formazione di un essere umano, ma viene richiesta la capacità di condurlo a termine, senza ulteriori interventi di carattere tecnico-scientifico (sentenza, par. 29; questa interpretazione garantirebbe la ragionevolezza del bilanciamento introdotto dalla direttiva, cfr. C. Hayes, *Stem cell patents: limiting the application of Brüstle?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, vol. 9, n. 12, p. 952). Come risulta dai dati dedotti nel corso del giudizio, il prodotto della partenogenesi, pur integrando la prima condizione («commencing»), non soddisfa la seconda («developing into»), in assenza di un successivo intervento di manipolazione genetica (sentenza, par. 35). Pertanto, un partenote non può essere sussunto alla categoria di embrione umano, fintantoché non esprima – «in itself» – la «inherent capacity» di svilupparsi in un essere umano; ma ciò può avvenire esclusivamente a seguito di una ulteriore manipolazione genetica (sentenza, par. 34-35). Aderendo alla interpretazione riduttiva proposta dall'Avvocato generale, la Corte circoscrive i limiti alla brevettabilità derivanti dal secondo comma dell'art. 6 della direttiva: alla luce di questa decisione, invenzioni derivanti dall'utilizzo di partenoti, i quali non esprimano la «inherent capacity» di svilupparsi in un essere umano, possono essere lecitamente brevettate.

Occorre tuttavia sottolineare la possibilità di una diversa interpretazione, secondo cui «l'esclusione di un partenote dalla nozione di embrione umano (...), non ost[a] a che uno Stato membro escluda i partenoti dalla brevettabilità in virtù dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva» (Conclusioni, p. 37), nel caso in cui si ritenga che ciò sia comunque contrario all'*ordine pubblico* o al buon costume (ivi, p. 48; cfr. C. Drigo, *Il diritto della scienza e i diritti della vita La Corte di Giustizia di nuovo sollecitata a definire il concetto di «embrione umano»*, in www.diritticomparati.it, 15 settembre 2014). Questa impostazione, che la Corte non accoglie, potrebbe ridurre l'effettivo ambito di applicazione del divieto previsto

dall'art. 6, attribuendo agli Stati Membri quella discrezionalità che la Corte di giustizia ha escluso in riferimento alla definizione di embrione (Brüstle, p. 26), attraverso un'interpretazione ampia del primo comma. Questo aspetto, unitamente alla centralità che assume una adeguata ricostruzione dello «stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche», può fare ritenere che la saga inaugurata dal caso Brüstle sia destinata a conoscere ulteriori sviluppi, anche in considerazione del fatto che – confermando l'impostazione inaugurata nel caso Brüstle – il ruolo svolto dalla fonte giurisprudenziale rispetto all'esercizio della funzione normativa in tale ambito sembra risultare sempre più decisivo (cfr. par. 36). La giurisprudenza costituisce un fattore capace di assicurare l'apertura della disciplina normativa al mutare delle condizioni fattuali, potendone rafforzare l'adeguatezza e la ragionevolezza, pur scontando inevitabili rischi in termini di prevedibilità e uniformità.

La decisione della Corte di giustizia, infine, conferma l'attualità di una questione che, andando oltre lo specifico ambito della brevettabilità, risulta determinante per la disciplina dell'attività medico-scientifica: l'opportunità della previsione di definizioni legislative di concetti biologici, quale quello di «embrione umano», nonché la questione del metodo più adeguato per definirne il contenuto. A tal riguardo, da un lato – modello britannico (cfr. *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008, sec. 1) – è possibile prevedere una definizione dinamica, che operi un rinvio «mobile» al fenomeno scientifico, mediante una definizione che, non prevedendo criteri rigidi (come la fecondazione), risulti idonea a metabolizzare, attraverso l'attività dei giudici (o, nel caso, di autorità indipendenti), il mutamento dello stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche; dall'altro lato – modello spagnolo (*Ley 14/2006*, art. 1) – è possibile utilizzare una definizione statica, la quale, mediante un rinvio «fisso» alla scienza, si fondi sulla selezione di un criterio biologico determinato (lo sviluppo embrionale fino al quattordicesimo giorno dalla fecondazione nella definizione di pre-embrione).

In una più ampia prospettiva, la sentenza della Corte di giustizia contribuisce a rafforzare un processo di ridefinizione del rapporto tra attività normativa e attività tecnico-scientifica, che coinvolge anche la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (*ex plurimis*, sentt. n. 282/2002; 151/2009; 162/2014) e che si fonda sul riconoscimento di una funzione normativa dello «stato delle acquisizioni tecnico-scientifiche» quale elemento connotativo fondamentale della disciplina del fenomeno scientifico.

Dal Consiglio d'Europa

Corte EDU e libertà sindacale nelle Forze armate

di Federico Furlan

Con due recenti condanne comminate dalla V Sezione nei confronti della Francia (casi Matelly e ADEFDROMIL), la Corte EDU prende posizione sulla *vexata quaestio* dell'incompatibilità con l'art. 11 della Convenzione delle legislazioni interne che vietano ai membri delle Forze armate l'esercizio dei diritti associativi e sindacali. Numerosi, infatti,

sono gli stati membri del Consiglio d'Europa (20 su 47, secondo il più recente rapporto della Commissione diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in materia, risalente al 2006) che ancora negano radicalmente al personale militare il diritto di associarsi per la tutela dei propri interessi professionali (tra essi Francia, Italia, Regno Unito, Spagna e Turchia). Questa situazione permane nonostante i numerosi documenti adottati dall'organizzazione europea per contrastarla: da ultimo, il Comitato dei Ministri ha adottato all'unanimità, il 24 febbraio 2010, una raccomandazione per la tutela dei diritti umani dei membri delle Forze armate all'interno della quale (comma 54) si prevede espressamente che i «i membri delle forze armate devono fruire del diritto di aderire ad organizzazioni indipendenti che tutelino i loro interessi e del diritto sindacale e di contrattazione collettiva». L'ordinamento francese, da parte sua, vieta ai propri militari in servizio il diritto di aderire sia ad associazioni a carattere politico sia ad associazioni professionali a carattere sindacale (Codice della Difesa transalpino, L. 4121-3 e L. 4121-4) e prevede solo un sistema di rappresentanze interne (non indipendenti dall'amministrazione) del personale militare.

Le due sentenze annotate potrebbero, però, preludere a una svolta epocale. Nel caso *Matelly* (r.n. 10609 del 2010, sentenza del 2.10.2014), la Corte EDU era chiamata a pronunciarsi sul ricorso presentato da un ufficiale della *Gendarmerie* (forza di polizia transalpina a statuto militare). Costui (noto attivista per i diritti dei militari) era stato tra i fondatori e animatori di un'associazione denominata «Forum gendarmes et citoyens» (i cui scopi sociali erano, peraltro, principalmente di natura informativa e non miranti alla tutela sindacale del personale), dalla quale aveva dovuto dimettersi a seguito di un preciso ordine di servizio del Direttore generale della *Gendarmerie*. Dopo avere inutilmente esperito le vie gerarchiche (Ministro della difesa) e giurisdizionali interne (Consiglio di Stato), si rivolgeva alla Corte europea lamentando la violazione dell'art. 11 della Convenzione. La Corte EDU ravvisa che il divieto assoluto di aderire a un'associazione professionale a difesa degli interessi categoriali costituisce un'indubbia interferenza nell'esercizio della libertà sindacale (forma speciale della libertà associativa); si tratta solo di verificare se, nel caso di specie, si tratti di interferenza illecita. E le motivazioni offerte dal Governo francese per giustificare la permanenza del divieto (tra le quali il fatto che la legislazione nazionale preveda degli organismi interni in rappresentanza delle istanze del personale militare) non sono giudicate soddisfacenti per ritenere proporzionata la misura, che, ad avviso della Corte, non appare necessaria in una società democratica: un conto è limitare le modalità di esercizio della libertà sindacale per la specificità dei compiti attribuiti alle Forze armate (scelta legislativa consentita dal diritto convenzionale), altro è sopprimere totalmente l'esercizio della libertà in parola («se la libertà di associazione dei militari può essere oggetto di restrizioni legittime, il divieto puro e semplice di costituire un sindacato o di aderirvi arreca all'essenza di tale libertà un attentato proibito dalla Convenzione»).

Identiche motivazioni sorreggono la coeva sentenza che decide il caso *ADEFDROMIL* (r.g.n. 32191 del 2009): la ricorrente – un'associazione fondata nel 2001 da due ufficiali dell'esercito e che si poneva come finalità statutarie «lo studio e la difesa dei diritti, degli interessi materiali, professionali e morali, collettivi o individuali, dei militari» – era

stata oggetto di una nota del Gabinetto del Ministero della difesa con il quale si invitavano i comandi generali a sanzionare disciplinarmente i militari che aderivano ad essa. Inoltre, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che l'associazione, contravvenendo al divieto posto dalla legge in conformità al diritto convenzionale, non avesse legittimazione a difendere in via generale gli interessi dei militari e aveva dichiarato irricevibili i ricorsi da essa promossi nei confronti di alcuni decreti ministeriali.

È proprio il fatto che l'associazione sia stata totalmente privata del diritto di agire in giudizio per la tutela degli interessi professionali dei militari ad essere giudicato dalla Corte EDU lesivo della libertà di associazione: l'ingerenza è sproporzionata (e quindi non necessaria) perché le autorità francesi avrebbero dovuto determinare concretamente quali restrizioni all'esercizio del diritto di azione da parte delle organizzazioni «sindacali» siano imposte dalle missioni specifiche dell'istituzione militare.

Queste due pronunce potrebbero avere un notevole impatto anche sull'ordinamento italiano: nel nostro paese la totale negazione del diritto di associazione professionale a carattere sindacale per i militari era originariamente contenuta nell'art. 8, comma 1, della legge recante le norme di principio sulla disciplina militare, la l. n. 382 del 1978 («I militari non possono esercitare il diritto di sciopero, costituire associazioni professionali a carattere sindacale, aderire ad altre associazioni sindacali»). La conformità a Costituzione di tale divieto ha superato indenne il vaglio della Corte costituzionale che, nella sentenza n. 449 del 1999, pur ammettendo che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i militari *uti cives* non recede di fronte alle esigenze della struttura militare, tuttavia ne giustificava la sussistenza con la (criticabile) affermazione che «la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8, nella parte denunciata, aprirebbe inevitabilmente la via a organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare».

Con la medesima legge del 1978 si istituiva un sistema di rappresentanza interno all'ordinamento militare (c.d. «rappresentanza militare»), articolato su organismi elettivi e rappresentativi di diverso grado, posti a diversi livelli della gerarchia militare (i COBAR-Consigli di base di rappresentanza, formati da militari eletti a suffragio universale e diretto; i COIR-Consigli intermedi di rappresentanza, i cui membri sono scelti tramite elezioni di secondo grado; il COCER-Consiglio centrale di rappresentanza). Questo sistema si è mostrato del tutto inadeguato a tutelare il personale delle FFAA e questo per diversi ordini di motivi: *a*) i diversi Consigli sono dotati di competenze puramente consultive e limitate al trattamento giuridico e previdenziale dei militari, con esclusione di tutto quello che concerne l'ordinamento, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale; *b*) gli organismi di rappresentanza possono intervenire solo sulle questioni che hanno rilevanza collettiva; *c*) gli organismi non sono né autonomi né indipendenti dall'istituzione; *d*) infine, è assente un concreto potere contrattuale degli organismi rappresentativi, essendo unicamente attribuita (e al solo COCER) la facoltà di concertazione (*ex art. 2, comma 2, del d.lgs. 195 del 1995*). Occorre, inoltre, evidenziare che quel sistema era legato in modo inscindibile ad uno strumento militare nel quale il personale di leva era preponderante e quindi non appare in nessun modo adatto ad una forza armata

trasformata in senso professionale dalla riforma avviata nel 2000 (con la legge delega n. 331). Il divieto di ogni forma di associazione è stato, tuttavia, trasfuso nel vigente codice dell'ordinamento militare (approvato con d.lgs. n. 66 del 2010), il cui art. 1475 dispone che: «1. La costituzione di associazioni o circoli fra militari è subordinata al preventivo assenso del Ministro della difesa. 2. I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali. 3. I militari non possono aderire ad associazioni considerate segrete a norma di legge e a quelle incompatibili con i doveri derivanti dal giuramento prestato. 4. I militari non possono esercitare il diritto di sciopero».

Recentissimi provvedimenti del giudice amministrativo (*ex pluribus* TAR Lazio, sent. n. 8052 del 2014) hanno confermato la legittimità di tale disposizione – anche nei confronti degli articoli 11 e 14 della Convenzione – sia perché la posizione del militare è connotata in modo del tutto peculiare rispetto a tutti gli altri cittadini sia alla luce della presenza degli istituti di rappresentanza militare. Ora, però, alla luce delle due sentenze che hanno sanzionato la Francia, anche per l'Italia non appare più procrastinabile una riforma dell'intero sistema. In tale direzione si muove un ddl presentato alla Camera nel mese di novembre dall'ex Ministro della difesa, Antonio Martino (AC 2748), che ipotizza la coesistenza di consigli di rappresentanza interna (derivati dagli attuali) con associazioni di militari (autonome e indipendenti rispetto alle amministrazioni) che abbiano la possibilità di partecipare, attraverso la presentazione di liste elettorali, alla vita rappresentativa interna e alla piena realizzazione dei diritti di natura sindacale.

Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa

di *Paolo Bonetti*

Nell'autunno 2014 due corpose sentenze della CEDU richiamano l'Italia all'effettivo rispetto dei diritti fondamentali di ogni richiedente asilo, sia nel divieto di respingimento alle frontiere, sia nell'effettiva accoglienza materiale da garantire ad ognuno e precisano che le norme UE sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo (c.d. regolamento Dublino) non devono essere mai interpretate o applicate in modo da impedire ai richiedenti asilo l'accesso a rimedi giurisdizionali effettivi o da fare loro subire trattamenti inumani o degradanti. Esse confermano che le più gravi e generalizzate violazioni tra gli Stati UE degli obblighi comunitari all'accoglienza dignitosa degli asilanti si verificano non soltanto in Grecia, ma anche in Italia, il cui sistema di ammissione e di accoglienza e assistenza dei richiedenti asilo ha carenze così generali e diffuse che possono comportare trattamenti inumani o degradanti, ai quali altri Stati (come la Svizzera) non possono mai sottoporre i richiedenti asilo neppure rinviandoli in Italia in applicazione delle citate norme UE.

La prima pronuncia è la sent. II sez. CEDU del 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, che all'unanimità condanna l'Italia per aver respinto indiscrimina-

tamente al porto di Ancona un gruppo di richiedenti asilo afgani verso un Paese «non sicuro» (la Grecia). La Corte ricorda che l'art. 13, in casi di rischio di violazione dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), richiede l'esistenza di una via di ricorso disponibile sia in diritto sia nella pratica, perché la convenzione mira a proteggere diritti non già in teoria, ma in modo concreto ed effettivo. La Corte considera che la situazione di instabilità dell'Afghanistan era tale che la doglianza dei ricorrenti relativa a un rischio di subire, in caso di rinvio verso quel Paese, dei trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, meritava di essere esaminata nel merito da parte di un'autorità nazionale e che le perduranti carenze del sistema di asilo in Grecia (in particolare in materia di accesso alla procedura, informazioni ai richiedenti asilo, mancanza di interpreti, durata eccessiva dell'esame) hanno seriamente pregiudicato la possibilità dei ricorrenti di accedere alla procedura nazionale di asilo, anche a prescindere dal fatto che essi volessero o meno chiedere asilo in Grecia. Poiché dunque il rischio di un loro respingimento verso l'Afghanistan era concreto, esso costituisce una ragione sufficiente per ritenerli portatori di un interesse specifico ad avvalersi di un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13 CEDU.

Il divieto di espulsioni collettive di stranieri previsto dall'art. 4, prot. 4, ricorda la Corte, vale sia durante le operazioni d'intercettazione svolte in mare aperto (come già la stessa Corte aveva stabilito nella sent. *Hirsi Jamaa et al. c. Italia* del 23 febbraio 2012), sia nei casi di diniego di accesso al territorio nazionale. Invece respingendo senza previo esame individuale né possibilità di ricorso un certo numero di stranieri verso la Grecia (Stato membro di primo ingresso nell'UE, già ripetutamente condannato per le insufficienze del suo sistema di asilo), l'Italia ha violato il divieto di espulsioni collettive di stranieri (art. 4, prot. 4), il divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3) e il diritto ad un ricorso effettivo (art. 13), in combinato disposto con l'art. 3 CEDU e l'art. 4, prot. 4. Infatti nell'applicare la regola che attribuisce allo Stato membro di primo ingresso (nel caso di specie la Grecia) la competenza in materia di asilo, le autorità italiane (così come avrebbero dovuto fare quelle belghe nella sentenza CEDU *M.S.S. c. Belgio e Grecia* del 21 gennaio 2011) prima di respingere i ricorrenti avrebbero dovuto svolgere un previo esame individuale della situazione di ognuno, accertarsi della funzionalità del sistema nazionale di asilo greco e assicurarsi che ognuno non corresse alcun rischio di essere successivamente respinto verso il proprio Paese di origine dove avrebbe rischiato di subire trattamenti inumani o degradanti. Avendo già condannato la Grecia per la violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 proprio per il rischio di espulsione dei ricorrenti dalla Grecia verso l'Afghanistan, la Corte ritiene che l'Italia, rinviando i ricorrenti verso la Grecia in maniera collettiva (e forse anche con metodi brutali incompatibili con l'art. 3 CEDU ma senza riuscire a fornirne la prova alla Corte) abbia violato l'art. 3 CEDU e constata un legame diretto tra le espulsioni collettive messe in atto dalle autorità italiane e l'impossibilità dei ricorrenti di accedere a una procedura conforme all'art. 13 CEDU. La Corte ricorda che né gli accordi bilaterali di riammissione, né le norme dell'UE sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare le domande di asilo, né le difficoltà che gli Stati incontrano nella gestione dei flussi migratori o nell'accoglienza dei richiedenti asilo

possono legittimare forme di espulsione collettiva e indiscriminata, incompatibili con la Convenzione o i suoi Protocolli.

La seconda pronuncia è la sent. CEDU Grande Camera del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, che riguarda una coppia di profughi afgani richiedenti asilo con sei figli minori, che aveva presentato ricorso contro la Svizzera contro il trasferimento in Italia quale Paese competente ad esaminare la domanda di asilo, in applicazione del regolamento di Dublino. La Corte dichiara ricevibile la sola doglianza concernente la violazione dell'art. 3 CEDU e, nel merito, decide a maggioranza che la Svizzera violerebbe l'art. 3 se rimandasse in Italia i ricorrenti senza ottenere preventivamente alle autorità italiane specifiche garanzie individuali volte a tutelare l'unità familiare e le esigenze dei minori.

In primo luogo la Corte ricorda che lo stesso regolamento UE prevede che ogni Stato (inclusa la Svizzera) ha sempre la facoltà di esaminare la domanda di asilo ad esso presentata anche se potrebbe essere di competenza di altro Stato e che perciò la decisione della Svizzera di rinviare i ricorrenti in Italia si configuri non già come attuazione di un obbligo previsto dal citato regolamento, ma come esercizio di un potere discrezionale, suscettibile quindi di essere sottoposto al controllo di compatibilità con la CEDU. La clausola di sovranità deve invece imporre un esame caso per caso. In secondo luogo la Corte ricorda la sua giurisprudenza secondo cui il divieto previsto dall'art. 3 CEDU impone agli Stati contraenti di non espellere un richiedente asilo, ogniqualvolta sussistano dei motivi seri e comprovati di ritenere che nello Stato di destinazione l'espulso corra un rischio reale di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, fermo restando che i trattamenti sono inumani e degradanti per un minimo di gravità, da valutare alla luce di un insieme di variabili, quali la durata e gli effetti dei trattamenti, il sesso, l'età e lo stato di salute della vittima. Peraltro la Corte – confermando l'orientamento espresso nella citata sentenza *M.S.S.* – ricorda che l'obbligo di garantire un diritto ad un alloggio o un'assistenza finanziaria adeguata ad ogni richiedente asilo deriva non già dall'art. 3 CEDU per tutti gli Stati contraenti, ma dalla Direttiva UE sull'accoglienza dei richiedenti asilo che vincola gli Stati membri dell'UE.

La sentenza dichiara che le difficoltà sistematiche del sistema italiano, seppur non paragonabili a quelle della Grecia, sono tali e tante che, in mancanza di adeguate garanzie, anche il rinvio verso l'Italia di richiedenti asilo particolarmente vulnerabili, quali un nucleo familiare con minori, può violare il divieto di trattamenti inumani o degradanti. Anche sulla base dei rapporti dettagliati e aggiornati dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite sui rifugiati e del Commissario del Consiglio d'Europa sui diritti umani, si fa un'analisi molto accurata e aggiornata delle norme e della prassi applicativa del sistema italiano di accoglienza dei richiedenti asilo, del quale rileva almeno due aspetti carenti (esclusa, nel caso di specie, la lentezza delle procedure di identificazione): 1) la sproporzione flagrante tra il numero delle richieste di asilo presentate nel 2013 e il numero complessivo dei posti di accoglienza messi a disposizione, che anche secondo le dichiarazioni del governo italiano non potrebbe coprire le necessità nemmeno della metà degli attuali asilanti; 2) il rischio non infondato,

ricavabile dalle informazioni disponibili, che un numero significativo di richiedenti asilo siano lasciati senza sistemazione o siano accolti in centri sovraffollati, promiscui, privi di ogni riservatezza o addirittura in condizioni insalubri o di violenza.

Peraltro si riconosce che la situazione generale del sistema di accoglienza italiano non è tale da impedire qualsiasi rinvio di richiedenti asilo verso l'Italia: facendo riferimento alle Raccomandazioni dell'UNHCR all'Italia del 2013 (che descriveva criticità relative alla diversità dei servizi offerti, ma non faceva cenno a situazioni di violenza diffusa o condizioni insalubri e anzi sottolineava gli sforzi fatti dall'Italia per migliorare le condizioni di accoglienza) e al rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del 2012, che sottolineava l'esistenza di problemi in alcuni centri di accoglienza, con particolare riferimento ai servizi offerti (supporto legale, assistenza psicologica), la Corte constata che la situazione attuale del sistema di accoglienza italiano non è comparabile a quella del sistema greco all'epoca della sentenza *M.S.S.*, e che pertanto l'approccio adottato in quella sentenza non può essere impiegato per la soluzione del caso di specie, ma le informazioni disponibili insinuano seri dubbi sulle capacità del sistema e non consentono di considerare manifestamente infondato tale rischio.

La Corte conclude che in tale situazione generale la Svizzera violerebbe l'art. 3 CEDU se i ricorrenti fossero rinviiati in Italia senza che le autorità svizzere competenti abbiano ottenuto preliminarmente da quelle italiane una garanzia individuale, sia sull'adeguatezza delle condizioni di accoglienza rispetto all'età dei minori, sia sul mantenimento dell'unità familiare, nel senso che le autorità svizzere devono ottenere garanzie dalle autorità italiane che, una volta rinviiati in Italia, i ricorrenti saranno accolti in strutture e in condizioni adeguate all'età dei bambini e che l'unità del nucleo familiare sarà preservata. Peraltro secondo la Corte neppure la mera comunicazione, senza ulteriori precisazioni, che i ricorrenti saranno ospitati a Bologna, addirittura in una struttura finanziata dal Fondo europeo per i rifugiati (FER), in mancanza di dettagliate e affidabili informazioni riguardo a questo centro, alle condizioni di accoglienza e al mantenimento dell'unità familiare, può considerarsi sufficiente. Dunque per la Corte, considerate sia la situazione generale del Paese sia la situazione particolare dei ricorrenti, ciò che conta è il concreto rischio di subire trattamenti proibiti, anche in assenza di carenze sistemiche. Nel fare questo, la Corte muta orientamento rispetto alla sent. 3 aprile 2013 *Mohammed Hussein c. Paesi Bassi e Italia* (in cui sulla base dei rapporti sull'Italia redatti da istituzioni italiane e da organizzazioni non governative o internazionali aveva ritenuto che, benché le condizioni di vita in Italia dei richiedenti asilo e delle persone già riconosciute come beneficiarie di protezione internazionale o umanitaria mettessero in luce alcuni difetti del sistema, non si poteva parlare di falle sistemiche nell'offerta di supporto ai richiedenti asilo) e attribuisce un'importanza fondamentale alla presenza di minori quale categoria molto vulnerabile e valuta negativamente la mancanza di dettagliate e affidabili informazioni da parte del governo italiano sul centro di accoglienza dove i ricorrenti sarebbero stati ospitati e sull'esistenza di condizioni di accoglienza adeguate all'età dei minori e idonee a preservare l'unità familiare. Si segnala l'opinione dissenziente di tre giudici che riconosce le gravi lacune del sistema

italiano si chiedono se si possa chiedere alla Svizzera un accertamento così oneroso caso per caso.

Peraltro quest'ultima sentenza ha avuto immediate ripercussioni europee (del resto molti governi UE erano intervenuti in giudizio a sostegno del governo svizzero e di quello italiano): la Danimarca ha sospeso gli invii di richiedenti asilo verso l'Italia e l'Ufficio federale svizzero per le migrazioni ha subito concordato col Ministero dell'interno italiano di attuare la sentenza con un sistema di comunicazioni dettagliate circa le condizioni di effettiva accoglienza a cui accederà ogni richiedente asilo di cui si chieda il rinvio in Italia.

Le due sentenze fanno emergere i gravi danni al sistema italiano del diritto di asilo arrecati dall'illegittimità costituzionale che vizia alcune norme italiane sugli stranieri: 1) gli artt. 10 e 19 del d.lgs. n. 286/1998 prevedono il respingimento come provvedimento inapplicabile nei confronti di un richiedente asilo o di una persona che possa subire un trattamento inumano o degradante, che però è adottato in via ordinaria dalla sola autorità di pubblica sicurezza e da essa eseguita in modo coercitivo senza alcun intervento dell'autorità giudiziaria in violazione della riserva di giurisdizione prescritta dall'art. 13 Cost. e senza alcun contraddittorio in violazione dell'art. 111 Cost.; 2) l'art. 1-sexies, comma 2, d.-l. n. 416/1989, convertito con mod. dalla l. n. 39/1990, introdotto dalla l. n. 189/2002, prevede che i servizi di accoglienza organizzati dagli enti locali e del privato sociale nell'ambito del Sistema di accoglienza dei richiedenti asilo e dei rifugiati (SPRAR) siano finanziati per non più dell'80% mediante un periodico decreto del Ministro dell'interno che stabilisce nei limiti delle risorse disponibili nel Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, ma tali limiti fondati su ipotesi imprevedibili delle domande di asilo sono stati sempre sottovalutati rispetto all'effettivo fabbisogno e perciò violano gli obblighi di assistenza dei richiedenti asilo previsti dalla direttiva UE sull'accoglienza dei richiedenti asilo. È questa sistematica sottovalutazione del fabbisogno la causa strutturale dell'emergenza: nel settembre 2013 il limite era stato fissato in 16.000 posti annuali, portati a 20.000 nel 2014, mentre i richiedenti asilo in Italia sono stati 26.620 nel 2013 e 64.886 nel 2014, sicché tante persone sono state lasciate senza accoglienza effettiva e dignitosa e così invogliate ad andare in altri Stati UE a presentare le loro domande di asilo e solo troppo tardi lo stesso Ministero dell'interno ha dovuto reperire posti ulteriori di accoglienza precaria nell'ambito di un sistema disorganizzato ed emergenziale e alla fine degradante.

