



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2022, n. 2

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2022, n. 2

INDICE

Ennio Triggiani <i>Editoriale. L'Unione europea nell'età della sua maturità</i>	1
Francesca Martines <i>La Conferenza sul futuro dell'Europa: prime valutazioni sugli strumenti di partecipazione, il processo deliberativo e il follow-up</i>	11
Federica Persano <i>Diritto d'asilo e sottrazione internazionale di minori nei casi di violenza domestica</i>	37
Diletta Danieli e Cinzia Peraro <i>L'applicazione del regolamento UE sui documenti pubblici e i suoi possibili sviluppi futuri</i>	57
Alessio Scaffidi <i>L'introduzione delle CACs single-limb nei titoli di Stato dell'eurozona: la tutela del bilancio a danno degli investitori?</i>	79
Approfondimenti del Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali (accreditato dalla Commissione europea come High-Quality Customs-Specific Study Programme)	
Cristina Faone <i>I criteri di daziabilità delle royalties tra soft law e principi giurisprudenziali</i>	109
Lilit Mora Simonyan <i>La Nuova Dogana: l'impatto di digitalizzazione e Paperless Customs</i>	129

L'Unione europea nell'età della sua maturità

Ennio Triggiani*

SOMMARIO: 1. La delicata fase del processo d'integrazione. – 2. I grandi appuntamenti, in parte mancati. – 3. La Conferenza sul futuro dell'Europa. – 4. Il problema della democrazia delle istituzioni dell'Unione.

1. La delicata fase del processo d'integrazione.

È un momento delicato e complesso per fare il punto sullo stato di salute del processo d'integrazione europea, fra venti di guerra, carenze energetiche e vergognosi casi di corruzione di alcuni europarlamentari. Certo, negli anni recenti abbiamo registrato indubbie evidenze della necessità di una gestione comune delle grandi crisi che hanno afflitto o stanno investendo non solo il nostro continente ma l'intera comunità internazionale. È sufficiente riferirsi alla lotta contro il Covid 19, nonostante l'assenza di una politica «comunitaria» (continuo a privilegiare questo aggettivo) della salute, e all'intelligenza con cui si è risposto alle gravi conseguenze economiche prodotte dalla pandemia. Si pensi alla nascita del *Next Generation EU* senza sottovalutare l'importanza del programma *Sure* per la lotta alla disoccupazione. Ed ancora, pur in un quadro giuridico di forte caratterizzazione intergovernativa quale la PESC, risalta la risposta netta e solidale all'invasione russa dell'Ucraina persino da un paese quale l'Ungheria (anche se con vari tentennamenti).

In diversi ambiti si è quindi evidenziato come decenni d'integrazione ci abbiano progressivamente avvicinati ai nodi fondamentali dei problemi politici e istituzionali che tale processo pone. E, come spesso si è verificato, sono state le grandi crisi a consentire il salto di qualità. La pandemia ha rotto il tabù del debito pubblico comune attraverso l'affermazione del principio di solidarietà coniugato anche in chiave finanziaria e posto le basi per la futura nascita di una auspicata Unione europea (UE) della salute; questa è peraltro strettamente legata all'ambiente il cui continuo degradarsi ha portato la relativa politica comune al centro delle funzioni dell'UE.

* Professore emerito di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bari «Aldo Moro».

E così, l'aggressione dell'Ucraina da parte della Russia ha indotto a ribadire, con forza, il profilo identitario di un'Unione fondata sullo Stato di diritto, sulla democrazia, sul rispetto dei diritti fondamentali, sulla solidarietà e, in quanto tale, polo di attrazione per gli altri Stati del nostro Continente; questi preferiscono una sovranità condivisa nell'ambito della quale svolgere un ruolo da co-protagonisti rispetto alla ricaduta, da vassalli, nell'area d'influenza russa.

Ma proprio il conflitto in atto ha evidenziato le serie criticità di una realtà che ora deve affrontare, nell'età della sua maturità, scelte decisive per il proprio futuro. L'Europa «comunitaria» ha il merito di aver fatti propri e attuati i principi rivoluzionari emersi nel secondo dopoguerra con la Carta delle Nazioni Unite basata sul divieto della guerra e sulla costruzione della pace, quest'ultima corroborata dal riferimento giuridico e ideale alla tutela dei diritti fondamentali come sanciti a partire dalla Dichiarazione universale del 1948. La pace, infatti, è una conquista irreversibile tra gli Stati membri, e i diritti fondamentali hanno trovato chiara e articolata affermazione con la Carta dei diritti fondamentali del 2001. Nella devastante guerra in Ucraina la vera posta in gioco è la democrazia, per cui la resistenza di Kiev è la resistenza dei «nostri valori».

La democrazia dei diritti e delle istituzioni, insieme con lo Stato di diritto e la legalità internazionale, è la vera natura del patto di civiltà che lega l'Europa; esso si sta costruendo attraverso il rafforzamento della cittadinanza dell'Unione quale espressione, per quanto a livello embrionale, di un popolo europeo unificato non più dai tradizionali criteri distintivi di quello nazionale – via via più flebili nel mondo globalizzato – ma dal comune sentire dei valori fondamentali. Si diventa, cioè, parti di un sistema composito di diritti, doveri e lealtà politiche come presupposto decisivo per la democratizzazione dell'Europa, uno spazio in cui poter vivere e lavorare, studiare e fare acquisti senza ostacoli burocratici o discriminazioni diffondendo quindi un senso di appartenenza reciproca certamente sempre più diffuso nelle giovani generazioni. E, in proposito, ben venga l'attivazione di norme, «comunitarie» e nazionali, in grado di pubblicizzare e agevolare il voto al Parlamento europeo, nonché nei comuni, dei cittadini UE residenti in altro paese membro. In altri termini, la dimensione della cittadinanza europea dovrebbe porsi quale ambito primario della solidarietà politica fra gli Stati membri e dell'identità del processo d'integrazione.

2. I grandi appuntamenti, in parte mancati.

Tutto l'importante percorso finora svolto in questi decenni, però, non basta più considerato che le criticità dell'assetto istituzionale, pur nella sua straordinaria portata innovativa, rischiano di mettere in crisi l'intero progetto. L'Europa ha la necessità di essere più ambiziosa in linea con le conquiste già realizzate quali il maggiore e più ricco mercato, la più grande potenza commerciale a livello mondiale, politiche ambientali all'avanguardia, i più alti livelli di tutela del consumatore, la qualità dei prodotti

alimentari, profili di *welfare* originali ed avanzati e, soprattutto, la pace al proprio interno. Essa avrebbe bisogno, tuttavia, di essere ambiziosa anche sul fronte dell'energia non avendo purtroppo proseguito nella intuizione felice di creare per tempo una comunità sia per il carbone che per l'energia nucleare; sarebbe invece necessario mettere in un'unica intesa la piattaforma di acquisti comuni, operare il passaggio semplificato alle rinnovabili individuando i criteri per un tetto al prezzo del gas, prefigurare una sorta di agenzia funzionale per l'energia.

Quindi, è ormai necessario un deciso salto di qualità per cominciare a costruire una realtà pre-federale in grado di rispondere con efficacia alle grandi sfide di fronte alle quali si pone l'odierna comunità internazionale. Ma è impossibile che tale salto di qualità possa avvenire nell'attuale assetto istituzionale e senza che si scioglano alcuni fondamentali nodi politico-giuridici: infatti, la cooperazione intergovernativa permane quale prevalente elemento identitario, pur dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona. La sua centralità, quale espressione della sovranità degli Stati membri, era abbastanza comprensibile nei primi decenni dell'integrazione europea; lo è molto meno oggi in cui tale processo è divenuto sempre più approfondito, da un lato, e sempre meno gestibile, dall'altro, in funzione del notevole aumento del numero degli Stati membri. E lo stesso quadro dei fenomeni economici e politici che attraversano la vita della comunità internazionale affida sempre più il ruolo di protagonisti a soggetti statali adeguatamente grandi per ampiezza territoriale, popolazione e potenza economica.

Tale grave limite oggi si manifesta con maggior forza di fronte alla guerra, che ha evidenziato la debolezza dell'Unione incapace di svolgere un ruolo significativo e apparendo oggettivamente a rimorchio delle scelte, all'interno della Nato e non solo, degli Stati Uniti; anche se ad essi, tuttavia, in questi anni si è comodamente demandato il ruolo di maggiore finanziatore (70 per cento delle spese) e, di conseguenza, affidata l'assunzione delle principali scelte.

In siffatto ambito, per noi paesi «comunitari» l'unica via d'uscita da una situazione palesemente debole e contraddittoria sarebbe data da una maggiore e autonoma coesione militare rafforzando la capacità negoziale e ricordando la pur fallita esperienza di costituire una Comunità Europea di Difesa (CED) presente nel Trattato di Parigi del 1952 mai entrato in vigore. Questa presentava profili fortemente innovativi in quanto gettava le basi per la costruzione di uno Stato federale capace di garantire effettivamente la sicurezza dell'Europa e la sua autorevolezza sul piano diplomatico. La «bussola strategica», varata il 21 marzo 2022, si muove apparentemente, purtroppo in via solo embrionale e con numerosi limiti, verso il recupero del vecchio progetto. Essa prevede, fra l'altro, la creazione di una *task force* in grado di schierare rapidamente cinquemila militari ovunque ci sia una crisi e il potenziamento dell'*intelligence* e dei partenariati strategici; la base giuridica si colloca nel quadro della «cooperazione strutturata permanente», di cui agli artt. 42, par. 6 e 46 TUE. Andrebbe invece recuperato con incisività e tempi rapidi lo spirito alla base della CED attraverso un uso maggiore delle

cooperazioni rafforzate, razionalizzando la capacità anche tecnologica della difesa europea e dirottando ingenti risorse verso settori certamente più significativi, sotto più aspetti, quali le politiche sociali.

Ma, soprattutto, una difesa comune non può che essere governata da una vera politica estera comune oggi in realtà sostanzialmente inesistente in quanto condizionata dal voto unanime dei 27 Stati membri, circostanza che, in una materia così complessa e delicata, è pressoché impossibile possa verificarsi. L'Unione deve essere in grado di avere una propria politica estera, un'autonoma ed efficiente rete diplomatica e una difesa che, ove fosse comune, sarebbe più efficiente ed anche meno costosa rispetto alla somma complessiva a tal fine stanziata nei bilanci dei 27 Stati membri. E su di esse dovrebbe costruirsi una struttura di *intelligence* in grado di sorvegliare nemici interni ed esterni anche rispetto ai tentativi di corruzione. Serve, in altri termini, una sovranità europea strategica e tecnologica. Peraltro, la circostanza che le decisioni sulla PESC debbano essere prese all'unanimità e che la stessa possibilità di cooperazione rafforzata debba sottoporsi al vaglio di un Consiglio unanime è la raffigurazione di tale debolezza.

Inoltre, alla luce del sostanziale fallimento dell'ultima COP 27, anche nella tematica ambientale l'Unione deve dimostrare maggiore coraggio, nonostante le responsabilità e le resistenze di tanti Stati nella comunità internazionale, nel dare attuazione agli impegni assunti in quella sede, dove la Nazioni Unite dimostrano di agire in maniera ben più incisiva che riguardo alla tutela della pace per la quale pur sono nate. Ne è recente testimonianza la storica risoluzione con cui il 26 luglio 2022 l'Assemblea generale ha qualificato l'accesso ad un ambiente pulito, sano e sostenibile come un «diritto umano universale», fondamentale per affrontare la crisi planetaria dovuta a cambiamento climatico, perdita di biodiversità, accumulazione di sostanze inquinanti e rifiuti. Ci troviamo nella situazione per cui il principio di solidarietà andrebbe coniugato anche rispetto alla nostra Terra, l'unica che abbiamo. Dovremmo anzitutto imparare a essere patrioti del nostro pianeta prima che del nostro paese, il che sarebbe un atto d'amore proprio verso quest'ultimo.

Pertanto, l'ambiente, principale emergenza per l'umanità, è sempre più centro di imputazione di diritti universali cosicché tutto quanto lo riguarda cancella il sovranismo che risulta in palese contraddizione con le azioni necessarie per difendere la nostra Terra. E ciò appare particolarmente vero per una realtà quale l'Unione europea, non a caso il soggetto politico che maggiormente da anni si spende, pur con molte contraddizioni, per condurre tale sacrosanta battaglia.

3. La Conferenza sul futuro dell'Europa.

Nel complesso, l'Unione europea deve quindi decidere se continuare a svolgere un ruolo secondario e subordinato nell'attuale comunità internazionale o diventare maggiorenne per meglio gestire i propri interessi. Ma, a tal fine, essa ha la necessità di

procedere ad una serie di importanti riforme, istituzionali e materiali, sia nell'attuale quadro normativo sia, soprattutto, adottando un nuovo trattato.

Sono stati pertanto più che opportuni la convocazione e lo svolgimento della Conferenza sul futuro dell'Europa con il coinvolgimento dei cittadini al fine di disegnare strumenti e contenuti idonei ad affrontare con un serio approfondimento le problematiche appena accennate.

In questo numero Francesca Martines analizza, con completezza e visione critica, funzionamento, conclusioni e *follow up* della Conferenza, evidenziandone limiti giuridici e politici. È indubbio che essa abbia costituito, finalmente, un primo significativo esperimento di quella democrazia partecipativa chiaramente richiesta dagli artt. 10 e 11 TUE e, purtroppo, fino ad oggi ampiamente disattesa. Non è questa la sede per un approfondimento della qualità democratica delle istituzioni dell'Unione, indubbiamente discutibile nel primo periodo di vita delle Comunità europee a partire dall'assenza di poteri legislativi in capo al Parlamento europeo. Ma anche oggi sappiamo che la stessa procedura legislativa è gestita in condominio con un Consiglio che deve decidere spesso formalmente all'unanimità e che, quando essa non è richiesta, viene certamente condizionato dalle indicazioni, per di più unanimi, del Consiglio europeo. E, soprattutto, esistono ancora materie di grande rilievo (quali PESC, fiscalità, diritti di cittadinanza, diritto di famiglia, alcune materie sociali) per le quali il Parlamento europeo è privo del potere normativo, per non parlare del potere di iniziativa, affidato alla Commissione, dal cui esercizio la maggiore assise rappresentativa è singolarmente esclusa.

Sul grave limite dell'unanimità, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha dato una risposta chiara sottolineando la necessità di cancellarla anche in funzione dell'ulteriore ampliamento dell'UE che, attribuendo a 30 e più Stati la possibilità di esercizio del potere di veto, non sarebbe più in grado di funzionare.

Sicuramente interessante è anche, fra le 49 raccomandazioni approvate dalla Conferenza, l'elezione diretta del presidente della Commissione con cui fornire ulteriore rilevanza alla cittadinanza dell'Unione e, implicitamente, allo stesso ruolo del Parlamento europeo. Il rapporto diretto fra elettorato attivo e passivo su scala continentale sarebbe poi indubbiamente rafforzato dalla presenza di liste transnazionali svincolando, almeno in parte, l'elezione dell'assise di Strasburgo dalle vicende nazionali, finora predominanti. In altri termini, il Parlamento europeo si forma attraverso la sommatoria di elezioni nazionali, distorcendo il significato stesso della sua qualità istituzionale.

D'altronde, il c.d. «Qatargate» si è potuto sviluppare anche grazie al debolissimo legame esistente fra elettori ed eletti, la scelta dei quali prescinde dai precedenti comportamenti nell'assise di Strasburgo o dalle idee da portare nei suoi lavori. Non esiste una opinione pubblica europea che funga anche da controllo costante dell'operato degli eletti.

Tuttavia, l'attuale quadro politico generale non appare favorevole ad una riforma, in tempi brevi, del trattato se si pensa che solo la decisione di pervenire all'apertura della

Convenzione, prevista dall'art. 48, par. 3 TUE, ha trovato a fatica, in Consiglio europeo, la maggioranza semplice richiesta.

Nel frattempo, gli strumenti da utilizzare nel quadro normativo esistente restano quindi le clausole passerella (ad es. artt. 31, par. 3, 48, par. 7 TUE, 312, par. 2 TFUE), laddove ne è possibile l'utilizzazione, e le cooperazioni rafforzate (artt. 20 TUE e 326 ss. TFUE), nei limiti dei relativi contenuti innovativi. A proposito di queste ultime, a evidenziare una Unione ormai multiforme ed anche pericolosamente asimmetrica, esse operano già, ad esempio, in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione legale, rispetto al brevetto europeo e sui regimi di proprietà per le coppie internazionali; e, infine, concernono l'Ufficio della Procura europea per i reati concernenti gli interessi finanziari dell'UE, prefigurando la nascita di istituti che comportano l'accentramento di funzioni repressive in capo a organi «comunitari».

Anche la politica di sicurezza e difesa potrà rientrare in un accordo di cooperazione rafforzata, ma per ora non se ne è fatto niente e bisogna rammentarsi che quattro paesi membri non sono membri della Nato (Austria, Cipro, Malta, Irlanda), mentre Svezia e Finlandia si apprestano ad entrarvi. A ciò si aggiunge l'Area Economica Europea che unisce Lichtenstein, Norvegia, Islanda con la UE, mentre la Svizzera ha un trattato di associazione a sé stante che comporta comunque molti obblighi significativi.

4. Il problema della democrazia nelle istituzioni dell'Unione.

La necessità di una riforma dell'Unione è anche legata alla qualità democratica delle sue istituzioni, per l'ovvia considerazione che il trasferimento ad essa di ulteriori competenze e poteri necessita, sotto questo profilo, delle adeguate garanzie. Peraltro, va considerato che un *deficit*, per quanto sostanziale, di democrazia è tuttavia presente pure negli Stati membri nella misura in cui essi continuano ad affrontare da soli problematiche che, ai fini di una effettiva capacità di governo delle stesse, necessitano invece dell'esercizio di poteri sovranazionali.

In realtà un problema serio è dato dalla circostanza che a livello europeo non si è ancora sviluppata una sfera pubblica realmente transnazionale. La scarsa transnazionalizzazione dei gruppi politici non è stata accompagnata dalla definizione di uno spazio pubblico che si collochi al di sopra della sfera nazionale. La prima benché minimale previsione, già accennata, di liste transnazionali nelle prossime elezioni del Parlamento europeo sarebbe un primo passo avanti in grado anche di favorire, finalmente, la nascita di partiti politici a livello europeo, oggi assenti, per rafforzare le democrazie rappresentativa e partecipativa richieste dagli artt. 10 e 11 TUE. È questa la base su cui costruire anche strumenti più rigorosi di controllo per combattere adeguatamente i tentativi di corruzione; essi indubbiamente minano l'autorevolezza del Parlamento europeo proprio nel momento in cui dovrebbe aprirsi la fase dell'ulteriore salto di qualità con il passaggio dall'attuale sistema a base pattizia alla sua vera e propria

costituzionalizzazione. È urgente porre la democrazia politica, che proviene storicamente dallo Stato-nazione, in relazione a quanto si sta formando al di fuori di esso in particolare nell'Europa «comunitaria» recuperando appieno il nesso fra sovranità effettiva e democrazia compiuta.

La solidarietà emersa in occasione della crisi pandemica – sanitaria, sociale ed economica – potrebbe portare con sé un significato ben più importante ponendosi come perno consolidato della pace e dell'equità nonché del patrimonio culturale e giuridico comune. A tal fine, tuttavia, è necessario che non possano sorgere né dubbi né ritardi sulla intangibilità in tutti i paesi membri dei perni dello Stato di diritto, essenziali per la protezione degli altri valori fondamentali come la libertà, la democrazia, l'uguaglianza e il rispetto dei diritti umani.

In altri termini, la qualità democratica delle istituzioni «comunitarie» si determina anche nella loro capacità di far rispettare quanto, d'altronde, sancito con chiarezza all'art. 2 TUE e ribadito nella Carta dei diritti fondamentali; sappiamo, però, che l'attuale procedura prevista dal successivo art. 7, al fine di sanzionare le relative violazioni, è farraginoso e sostanzialmente inoperante. Non esistono democrazia e rispetto dei diritti fondamentali senza rispetto dello Stato di diritto e viceversa. Nei casi recenti di Ungheria e Polonia non a caso si è dovuto ricorrere all'*escamotage* di utilizzare il regolamento (UE) 2020/2092 del 16 dicembre 2020 istitutivo del regime di condizionalità per la tutela del bilancio: l'atto normativo, infatti, pone in stretta relazione l'efficiente esecuzione di quest'ultimo e il rispetto dello Stato di diritto, le violazioni dei cui principi possono ledere gravemente gli interessi finanziari dell'UE. Meno male che, in tale procedura, il Consiglio può varare le previste sanzioni a maggioranza qualificata e non all'unanimità.

Ed allora, l'eventuale riforma non può prescindere da una modifica dell'art. 7 consentendo alle istituzioni dell'Unione di procedere, pur con le necessarie garanzie ma in maniera più rapida, a eliminare per tempo ogni tentativo del governo *pro tempore* di uno Stato membro di allontanarsi dai requisiti indispensabili che ne hanno consentito l'ingresso nell'UE.

Così come, ed in linea con quanto ripetutamente ribadito dalla Corte di giustizia, non può essere messo in discussione l'indispensabile primato del diritto dell'Unione su quello dei singoli Stati membri. Ed allora non è più possibile che la qualificazione di tale irrinunciabile rapporto fra ordinamento «comunitario» e ordinamenti degli Stati membri rimanga relegata ad una mera dichiarazione, la n. 17, allegata ai Trattati.

La Conferenza sul futuro dell'Europa ha rappresentato, pur con i suoi limiti, la dimensione ottimale per realizzare uno spazio pubblico europeo dove far incontrare la democrazia rappresentativa con quella partecipativa. Sono le basi sulle quali costruire il centrale ruolo costituente del Parlamento europeo, quale istituzione democratica per eccellenza dell'Unione, sulla via di una Europa federale quale obiettivo di lungo termine. La chiarezza del percorso da effettuare è necessaria perché ogni società entra in crisi quando non è più in grado di disegnare e controllare il proprio futuro. Si tratta di portare

a compimento la formidabile sintesi espressa dal motto «unita nella diversità» con cui si indica come, attraverso l'Unione, gli europei siano insieme riusciti ad operare nel contempo a favore della pace e della prosperità, mantenendo al tempo stesso la ricchezza delle diverse culture, tradizioni e lingue del nostro continente. È la ricchezza della sua identità che continua a svilupparsi e modificarsi in tante dimensioni diverse ma che si caratterizza per il grande progetto che ne è alla base.

ABSTRACT: In una delicata fase del processo d'integrazione – fra crisi pandemica, guerra ed emergenza ambientale – l'Unione europea è chiamata a raccogliere senza indugi le sfide poste dalla comunità internazionale per recuperare un ruolo da protagonista. A tal fine è necessario sviluppare, pur in un quadro di crescenti difficoltà, un processo di riforma, anche attraverso una modifica dei Trattati, come sollecitato dalla Conferenza sul futuro dell'Europa, primo significativo esperimento di quella democrazia partecipativa chiaramente richiesta dagli artt. 10 e 11 TUE. A tal fine appaiono prioritarie le innovazioni nel funzionamento delle istituzioni, a partire dalla cancellazione del voto unanime in Consiglio, rafforzando la primazia dell'ordinamento dell'Unione, rendendo efficienti le procedure poste a tutela dello Stato di diritto e ponendo le basi realizzare uno spazio pubblico europeo dove far incontrare pienamente e democrazia rappresentativa e partecipativa.

PAROLE CHIAVE: crisi pandemica; guerra; ambiente; solidarietà; istituzioni; democrazia; Stato di diritto; condizionalità; riforma.

The European Union at the age of its maturity

ABSTRACT: *In a delicate phase of the integration process – amidst the pandemic and energy crisis, war, growing inflation and environmental emergency – the European Union is called upon to meet the challenges posed by the international community without delay in order to recover a leading role. To this end it is necessary to develop, albeit in a context of growing difficulties, a process of reform, also through a modification of the Treaties, as requested by the Conference on the future of Europe, the first significant experiment of that participatory democracy clearly required by Arts. 10 and 11 TEU. To this effect, innovations in the functioning of the institutions appear to be priorities, starting with abolition of the unanimous vote at the Council, strengthening the primacy of the Union legal system, making the procedures aimed at protecting the rule of law efficient and laying the foundations for the creation of a European public space where representative and participatory democracy meet fully.*

KEYWORDS: *pandemic crisis; war; environment; solidarity; institutions; democracy; rule of law; conditionality; reform.*

La Conferenza sul futuro dell'Europa: prime valutazioni sugli strumenti di partecipazione, il processo deliberativo e il *follow-up*

Francesca Martines*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le modalità di partecipazione dei cittadini nelle diverse componenti della Conferenza. – 2.1. La Piattaforma digitale multilingue: *forum* aperto di dibattito e strumento di raccolta di idee. – 2.2. I Panel europei di cittadini e il processo deliberativo. – 2.3 La Plenaria: l'interazione tra i rappresentanti dei cittadini europei e delle istituzioni. – 2.4. Le proposte della Conferenza relative alla creazione di una Piattaforma digitale e all'istituzione di Assemblee dei cittadini. – 3. Il *follow-up* della Conferenza. Le prime reazioni delle istituzioni. – 3.1. Il Consiglio europeo. – 3.2. Il Consiglio. – 3.3. Il Parlamento europeo. – 3.4. La Commissione europea. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

La Commissione europea ha definito la Conferenza sul futuro dell'Europa (COFE) «un esercizio paneuropeo di democrazia deliberativa senza precedenti» che ha evidenziato «il potenziale di un autentico spazio pubblico europeo»¹. In effetti, la COFE è stata concepita dai suoi proponenti² e dalle istituzioni dell'Unione³ come un processo dal «basso verso l'alto»⁴, grazie al quale i cittadini europei avrebbero avuto l'opportunità di definire le priorità per lo sviluppo dell'Unione negli anni a venire⁵.

*Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Pisa.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Conferenza sul futuro dell'Europa. Dalla visione all'azione, [COM\(2022\) 404 final](#) del 17 giugno 2022, p. 2.

² L'origine si fa risalire ad un'idea del presidente francese Macron manifestata in una lettera agli europei nel marzo del 2019. Il discorso è consultabile [online](#).

³ La proposta è stata accolta da Commissione, Consiglio e Parlamento che hanno manifestato la loro adesione e definito le loro posizioni in diversi documenti. Si vedano, in particolare, per la Commissione, U. VON DER LEYEN, *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa. Orientamenti politici per la prossima Commissione europea 2019-2024*, Lussemburgo, 2019, p. 21, consultabile [online](#); per il Consiglio, *Conference on the Future of Europe - revised Council Position*, [doc. 5911/21](#), 3 February 2021; per il Parlamento europeo, *Conference on the future of Europe, Main outcome of the Working Group*, 19 December 2019, [doc. PE 644.153/CPG](#).

⁴ Art. 1 (Principi comuni) del regolamento interno della Conferenza. Tutti i documenti sono visionabili sul [sito](#) della COFE.

⁵ La finalità è accrescere, o anche solo recuperare, la legittimità dell'Unione a fronte di una certa disaffezione dei cittadini dal progetto di integrazione i cui segnali sono il successo elettorale dei partiti sovranisti ed euroscettici, la Brexit, la riduzione dell'affluenza alle urne nelle elezioni per il Parlamento europeo (se pure con la contro tendenza delle elezioni del 2019). Tuttavia, secondo Eurobarometro, l'aggressione della Russia all'Ucraina ha rafforzato il sostegno pubblico all'Unione europea. Il 65% degli europei considerano l'appartenenza all'Unione un fatto positivo. Si tratta del risultato più alto dal 2007

La Conferenza trova il suo fondamento⁶ nella «Dichiarazione comune. Dialogo con i cittadini per la democrazia. Costruire un'Europa più resiliente», firmata dal Consiglio, dalla Commissione e dal Parlamento europeo il 10 marzo del 2021⁷. LA COFE si è aperta il 9 maggio del 2021 e ha terminato i suoi lavori lo stesso giorno dell'anno successivo⁸ con l'adozione di una «Relazione sul risultato finale» che include 49 proposte e 326 misure⁹.

La COFE non aveva ricevuto dalle istituzioni europee un mandato specifico¹⁰ in termini di risultati, né si precisava nella Dichiarazione attraverso quali processi sarebbero state concretizzate le proposte della Conferenza. Un primo esame dei risultati indica che molte delle misure raccomandate nella «Relazione sul risultato finale» potrebbero essere realizzate modificando la legislazione europea vigente, o adottando atti sulla base delle attuali competenze dell'Unione; altre proposte richiedono, per la loro eventuale messa in atto, emendamenti ai trattati¹¹. La COFE assume, quindi, un significato di grande interesse nella prospettiva dell'adozione o modifica della normativa europea, in quanto sarà possibile verificare se e come le istituzioni europee ne recepiranno i suggerimenti. Inoltre, le modalità di coinvolgimento dei cittadini sperimentate nella Conferenza potrebbero fornire da modello per un rafforzamento della dimensione partecipativa della

quando il consenso si attestava al 58% (*EP's Spring 2022 Survey, Rallying around the European flag - Democracy as anchor point in times of crisis*, June 2022, [2792/EB041EP](#)).

⁶ La Conferenza non è uno strumento previsto dai trattati ma si può ritenere che si richiami implicitamente all'art. 10, par. 3 e all' art. 11, parr. 1-3 TUE.

⁷ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea sulla conferenza sul futuro dell'Europa. Dialogo con i cittadini per la democrazia – Costruire un'Europa più resiliente, [2021/C 91 I/01](#).

⁸ Si tratta, come noto, di una data fortemente simbolica, corrispondente al giorno in cui, nel 1950, è stata pronunciata la famosa Dichiarazione Schuman, considerata l'atto di nascita dell'integrazione europea.

⁹ Sulla Conferenza sono stati prodotti diversi commenti, tra cui, oltre agli altri lavori citati nelle note successive, si segnalano, P. SEVERINO, *La Conferenza sul futuro dell'Europa. Prospettive di un modello di partecipazione da valorizzare (e perfezionare)*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, pp. 167-170; F. RASPADORI, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e le colonne d'Ercole della distanza dai cittadini*, in *BlogDUE*, 24 giugno 2022, reperibile [online](#); G. ROMEO, *La Conferenza sul futuro dell'Europa e la comunità politica dell'Unione che (ancora) non c'è*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, pp. 701-705; G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell'Unione*, in *Post di AISDUE*, III, 2021, Focus “Conferenza sul futuro dell'Europa”, n. 1, 18 giugno 2021, reperibile [online](#); A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, pp. 699-701; A. ALEMANN, *Unboxing the Conference on the Future of Europe and its democratic raison d'être*, in *European Law Journal*, 2020, pp. 484-508; L. EYMARD, *From the French Citizens' Convention on Climate to the Conference on the Future of Europe: A Participatory Science and Democracy Perspective*, in *European Law Journal*, 2020, pp. 136-140; B. NASCIMBENE, *Dalla “paura” all’“ambizione”. L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2020, n. 2, pp. 160-164, reperibile [online](#).

¹⁰ Sulla mancata definizione e sulle ambiguità degli obiettivi della Conferenza si vedano i rilievi di F. FABBRINI, *The Conference on the Future of Europe: Process and Prospects*, in *European Law Journal*, 2020, pp. 401-414.

¹¹ Secondo [Euractiv](#), che cita uno studio del prof. A. Alemanno, il 12% delle proposte della COFE richiederebbe una modifica dei trattati. Sul punto si sofferma ampiamente L. LIONELLO, *Gli esiti della Conferenza sul futuro dell'Europa e le prospettive di revisione dei Trattati*, in *BlogDUE*, 29 maggio 2022, reperibile [online](#).

democrazia nell'Unione europea. La COFE si inserisce, infatti, nel contesto di un più ampio dibattito sui processi volti a rafforzare la legittimità dell'Unione mediante la partecipazione¹². Secondo questa visione, la legittimità di un ente dipende anche dalla misura in cui le scelte politiche sono influenzate dai cittadini e dalla dimensione e qualità del loro coinvolgimento nei processi decisionali, che avviene attraverso meccanismi di tipo partecipativo e/o rappresentativo¹³. Nella COFE, i primi informano, come si è detto, l'idea stessa della Conferenza come processo partecipativo dal basso¹⁴, che si realizza anche con il ricorso al metodo deliberativo¹⁵ (in particolare nei Panel).

Una seconda fonte di legittimazione dell'ente, distinta ma connessa alla prima¹⁶, è la capacità di quest'ultimo di predisporre misure volte a soddisfare i bisogni e gli interessi della collettività in modo compatibile con il metodo democratico¹⁷. In quest'ottica, l'apporto della COFE è da considerarsi in prospettiva, poiché essa è indubbiamente un processo orientato a dei risultati ma questi prendono la forma di proposte che successivamente dovrebbero, come si è detto, essere tradotte in atti dalle istituzioni europee. In ultima analisi il successo della COFE dipenderà dalla reazione e dalle misure adottate dalle istituzioni in questo processo di *follow-up* che si sono impegnate ad intraprendere.

Partendo da tali premesse, questo lavoro si propone, nella prima parte, di analizzare con quali strumenti e procedure si è realizzato in concreto l'obiettivo di coinvolgere i cittadini europei nelle diverse componenti della COFE e di verificare quali sono le misure raccomandate dalla Conferenza per rafforzare la partecipazione dei cittadini nei processi decisionali dell'Unione. Nella seconda parte di questo scritto si valuteranno le prime reazioni del Consiglio europeo, del Consiglio, del Parlamento e della Commissione alle proposte emerse dalla Conferenza, con attenzione particolare agli strumenti di partecipazione dal basso.

¹² Si parla anche di *input legitimacy* secondo la nota teoria elaborata da F. Scharpf che la distingue dalla *output legitimacy*: F. SCHARPF, *Governing in Europe, Effective and Democratic*, Oxford, 1999.

¹³ Sui rapporti tra democrazia partecipativa e rappresentativa nell'Unione si vedano in particolare F. CENGIZ, *Bringing the Citizen Back into EU Democracy: Against the Input-Output Model and Why Deliberative Democracy Might Be the Answer*, in *European Politics and Society* 2018, pp. 577-594; K. NICOLAIDIS, R. YOUNGS, *Europe's Democracy Trilemma*, in *International Affairs*, 2014, pp. 1403-1419; G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 37-60.

¹⁴ Sono anche presenti portatori di interesse istituzionalizzati (rappresentati nella Plenaria dai membri del Comitato delle Regioni e del CESE) e non istituzionalizzati (le parti sociali e società civile).

¹⁵ Sui principi che sottendono il metodo deliberativo cfr. OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions Catching the Deliberative Wave*, 2020. La traduzione in italiano a cura della Fondazione Bassetti, dal titolo *Innovazione nella partecipazione dei cittadini al decision making pubblico e nuove istituzioni democratiche. Cavalcare l'onda della deliberazione* è reperibile [online](#). È a quest'ultima pubblicazione che si farà riferimento nelle note successive quando saranno richiamati i principi del metodo deliberativo.

¹⁶ R. BELLAMY, *Democracy Without Democracy? Can the EU's Democratic 'outputs' be Separated from the Democratic 'inputs' Provided by Competitive Parties and Majority Rule?* in *Journal of European Public Policy*, 2010, pp. 2-19; F. SCHARPF, *Governing*, cit.

¹⁷ Definita *output legitimacy* sempre secondo la teoria di F. SCHARPF, *Governing*, cit.

2. Le modalità di partecipazione dei cittadini nelle diverse componenti della Conferenza.

La Conferenza ha un impianto organizzativo strutturato su diversi livelli: Piattaforma digitale multilingue, Panel di cittadini, Panel nazionali, Plenaria, Comitato esecutivo, Segretariato. Poiché la partecipazione dei rappresentanti dei cittadini non è prevista nel Comitato esecutivo¹⁸ e nel Segretariato, questi organismi non saranno presi in considerazione nel presente lavoro.

La COFE non si può considerare un processo solo *bottom-up*, essendo stato attivato dalle istituzioni europee che lo hanno definito nei suoi contenuti generali (le aree tematiche da trattare) e nella sua struttura. Questo dato non inficia, a parere di chi scrive, la peculiarità del processo e il suo potenziale nei termini di un rafforzamento della partecipazione dei cittadini e di raccordo tra le due dimensioni della democrazia, partecipativa e rappresentativa su cui si fonda l'Unione (artt. 10 e 11 TUE). Come già ricordato, la connessione tra meccanismi di partecipazione dal basso e processi decisionali istituzionali è da ritenersi un aspetto fondamentale e che necessita di una grande attenzione affinché sia tradotto in azioni concrete quanto elaborato attraverso i meccanismi di democrazia partecipativa. Come sottolineato dall'OECD: «deliberative initiatives can become “a regular part of democratic governance”. This can only occur if they are fully connected to the policy system and if elected representatives are engaged and open to new methods. Where no mechanism for adopting the findings of such initiatives exists, there is a risk that they become placebos that can ultimately damage an already fragile trust in democracy»¹⁹.

2.1. La Piattaforma digitale multilingue: *forum* aperto di dibattito e strumento di raccolta di idee.

La Piattaforma digitale multilingue è, come dal nome, una piattaforma²⁰ che è stata aperta, per la durata della COFE, alla più ampia partecipazione pubblica grazie allo strumento digitale²¹. Definita «centro nevralgico» della COFE, la Piattaforma è un

¹⁸ Il Comitato esecutivo, che si colloca al quarto livello della Conferenza, era composto da un numero uguale di rappresentanti (tre) del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, e da osservatori istituzionali (fino a quattro). La presenza della società civile nel Comitato esecutivo è stata assicurata solo dagli osservatori e in misura limitata.

¹⁹ OECD, *Eight ways to institutionalise deliberative democracy*, 2021, in *OECD Public Governance Policy Papers*, 14 December 2021, n. 12, reperibile [online](#).

²⁰ È stata utilizzata Decidim, una piattaforma *open source* sviluppata inizialmente dalla Municipalità di Barcellona.

²¹ [Update Practical modalities of the European Citizens' Panels of the Conference on the Future of Europe](#), 10 September 2021, p. 5.

processo *bottom-up*. La Piattaforma ha creato un *forum* aperto al dibattito e alla discussione ed è stata, allo stesso tempo, un raccogliitore di contributi e idee, che, una volta monitorate e analizzate, nelle modalità che saranno esaminate più avanti, sono state utilizzate come base per le discussioni nei Panel europei dei cittadini e nella Plenaria. Sotto il profilo della trasparenza, che è un altro requisito del metodo deliberativo, si sottolinea che la Piattaforma costituisce, ad oggi, un archivio di tutti i documenti e contributi prodotti nell'ambito della Conferenza.

La Piattaforma si può considerare un interessante esperimento sotto il profilo della *e-democracy*²², espressione che si riferisce ai processi di partecipazione e comunicazione politica che si avvalgono di mezzi digitali. Qualsiasi persona o ente o istituzione, dopo la registrazione sul sito della Conferenza, poteva presentare idee, lasciare commenti, approvare proposte avanzate da altri, organizzare eventi, da tradurre in idee²³, in ciascuna delle macroaree tematiche indicate nella Piattaforma²⁴. In effetti, il ricorso allo strumento tecnologico – soprattutto in un ente come l'Unione europea con le sue peculiarità, come l'estensione geografica, la diversità linguistica, culturale, la struttura politica e la complessità dei meccanismi decisionali – favorisce la partecipazione, in termini di accesso e di interazione con gli altri utenti. Sotto quest'ultimo aspetto la tecnologia ha permesso infatti, se pure ancora in modo imperfetto, di gestire nella COFE un processo di partecipazione multilinguistica grazie all'utilizzo di un programma elettronico di traduzione di tutte le proposte (*eTranslation*) messo a disposizione dalla Commissione. La possibilità per tutti gli utenti di esprimersi nella propria lingua (ad esclusione degli eventi in video organizzati nei diversi Stati) distingue questo meccanismo da altre piattaforme di consultazione operanti nell'Unione²⁵, ed è un requisito imprescindibile per creare uno spazio di dibattito pubblico nell'Unione europea.

²² H LEONHARD, I. VAN KEULEN, I. KORTHAGEN, I. AICHHOLZER, R. LINDNER, R. ØJVIND NIELSEN (Editors), *European E-Democracy in Practice*, Cham, 2020; I. KORTHAGEN, I. VAN KEULEN, L. HENNEN, G. AICHHOLZER, G. ROSE, R. LINDNER, K. GOOS, R. ØJVIND NIELSEN, *Prospects for e-democracy in Europe. Study Summary*, European Parliamentary Research Service, February 2018 - [PE 603.213](#).

²³ [Relazione di sintesi della seconda riunione del comitato esecutivo della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), 7 aprile 2021, p. 2.

²⁴ Si tratta di aree tematiche molto ampie: cambiamento climatico e ambiente; salute; un'economia più forte, giustizia sociale ed occupazione; l'UE nel mondo; valori e diritti, stato di diritto, sicurezza; trasformazione digitale; democrazia europea; istruzione, cultura, gioventù e sport; altre idee. Per una sintetica analisi si veda P.-C. MÜLLER-GRAFF, *The Conference on the Future of Europe. The future of Legal Europe – will we trust in it?*, in *ERA Forum*, 2021, pp. 465-473.

²⁵ La traduzione è utilizzata anche in altre forme di partecipazione nell'Unione, come le petizioni al Parlamento europeo (che sintetizza ogni petizione in tutte le altre ventiquattro lingue ufficiali dell'Unione); il nuovo regolamento sull'iniziativa dei cittadini europei (ICE) stabilisce che per le iniziative registrate la Commissione assicura la traduzione in tutte le lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione (se pure entro certi limiti indicati all'allegato II), affinché sia pubblicata nel registro e sia utilizzata ai fini della raccolta delle dichiarazioni di sostegno ([regolamento UE 2019/788](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile del 2019 riguardante l'iniziativa dei cittadini europei). Il [sito](#) dell'ICE è parzialmente multilinguistico; da questo si accede tramite un [link](#) al [forum](#) dell'iniziativa dei cittadini europei nel quale si possono ottenere informazioni e seguire una formazione per lanciare un'iniziativa. In altri casi si utilizza una lingua franca (solitamente l'inglese) o una selezione di lingue. La Piattaforma di consultazione [Di la](#)

L'accesso alla Piattaforma era libero, ma tutti i partecipanti, singoli cittadini, istituzioni europee, nazionali, autorità locali²⁶, organizzazioni della società civile, organizzatori di eventi, si dovevano impegnare – al momento della registrazione – a rispettare le norme contenute nella Carta della Conferenza. La Carta è una dichiarazione di intenti che richiama i valori europei sanciti all'art. 2 TUE; essa prevede l'impegno dei partecipanti a presentare proposte costruttive, ad astenersi dal diffondere contenuti illegali e dall'utilizzare la Piattaforma per finalità commerciali. Sono indicati nella Carta anche i principi che i partecipanti e gli organizzatori di eventi dovevano rispettare. Questi sono: inclusività, trasparenza, pluralismo, multilinguismo. Per evitare che fossero caricati sulla Piattaforma discorsi d'odio e false informazioni o contributi contrari ai principi e valori indicati nella Carta, una squadra di moderatori era incaricata di intervenire sui contenuti, rimuovendo gli errori o gli *hate speeches*, i contenuti politici, manipolativi o falsi, verificandoli caso per caso (era prevista la possibilità di presentare un ricorso al Segretariato della Conferenza)²⁷.

La raccolta e l'organizzazione delle idee – espresse da singoli utenti o nell'ambito degli eventi organizzati e pubblicizzati attraverso la Piattaforma (eventi *online* e in presenza) – sono state realizzate da un gruppo di ricercatori che ha applicato un metodo di analisi qualitativa e quantitativa, utilizzando un programma informatico (*computer-assisted clustering tool*²⁸) e una tecnica di intelligenza artificiale, *text mining*²⁹, sviluppata

[tua \(Your Voice in Europe\)](#) prevede la possibilità di utilizzare la lingua inglese e solo alcune delle altre lingue dell'Unione ma le informazioni di base e le domande sono riportate esclusivamente in inglese. Questa Piattaforma è limitatamente interattiva (con la Commissione). La Piattaforma [Futurium](#) è dedicata ai cittadini europei che desiderano confrontarsi sulle tematiche digitali ed è interattiva (ci si può iscrivere a gruppi tematici). Essa è aperta anche ad altre tematiche e politiche dell'UE nella prospettiva di raccolta di idee e per ispirare scelte strategiche dell'Unione europea.

²⁶ Una sezione dedicata della Piattaforma digitale multilingue contiene i riferimenti alle attività organizzate dalle autorità degli Stati membri. Una panoramica di questi eventi è contenuta nella [Relazione sul risultato finale](#), maggio 2022, p. 27 ss. Un altro evento da segnalare è l'evento europeo per i giovani, i cui dettagli sono riportati nella Relazione sul risultato finale, cit., p. 30.

²⁷ Si veda quanto affermato dalla vicepresidente della Commissione per la democrazia e la demografia Dubravka Šuica, riportata da *euobserver*, *Future EU platform seeks to 'stay clean' of hate speech*, 14 aprile 2021.

²⁸ Il metodo è definito con maggiore particolare nell'allegato II alla [Relazione finale sulla piattaforma digitale multilingue della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), maggio 2022. L'elaborazione dei rapporti sulla Piattaforma è affidata a Kantar, una società di servizi. Cfr. sul punto anche la [Relazione di sintesi della settimana riunione del comitato esecutivo della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), 20 settembre 2022, p. 3. La Commissione si è avvalsa di alcune società (Missions Publiques, Teamwork, Kantar, Ifok, Deliberativa, Danish Board of Technology e V.O. Europe) per l'accompagnamento strategico, il *design* dei Panel dei cittadini, l'animazione dei Panel, la facilitazione delle sessioni in gruppi e sottogruppi e la formazione dei facilitatori. Uno dei principi del metodo deliberativo (integrità) richiede che il processo sia gestito da una squadra di coordinamento indipendente dalla/e istituzione/i che lo hanno commissionato: OECD, *Innovazione nella partecipazione*, cit. p. 30.

²⁹ Il *text mining* è una tecnica di intelligenza artificiale che utilizza l'elaborazione del linguaggio naturale (NLP) per trasformare il testo libero, non strutturato, di documenti/database in dati strutturati e normalizzati per finalità di individuazione di gruppi tematici, classificazione di documenti in categorie predefinite, scoperta di associazioni, ad esempio tra argomenti, o tra autori, ecc. Per una spiegazione tecnica si veda A. MORENO, T. REDONDO, *Text Analytics: the Convergence of Big Data and Artificial Intelligence*, in *International Journal of Interactive Multimedia and Artificial Intelligence*, 2016, pp. 57-64. Sul ruolo

dal *Joint Research Centre* della Commissione³⁰. I risultati dell'analisi sono stati inseriti nell'allegato I del Rapporto finale sulla Piattaforma, in cui sono state indicate, per ogni settore tematico, le idee più condivise e quelle più commentate. Particolare rilievo è stato dato (si veda l'allegato II) agli eventi di tipo deliberativo e partecipativo, in modo da includere le posizioni e le opinioni che non hanno trovato spazio nella parte dell'analisi concernente le idee espresse nella Piattaforma. Per fornire un panorama più ampio e articolato delle diverse proposte, anche le questioni sollevate da un numero limitato di partecipanti sono state incluse nell'analisi, quando presentavano una prospettiva diversa rispetto a quella adottata dalla maggioranza.

Se l'accesso aperto è stato un elemento altamente qualificante, la partecipazione basata su di un processo di autoselezione si è tradotta in una limitata rappresentatività dei cittadini europei³¹ nella Piattaforma. Secondo i dati indicati nella Relazione finale, sono intervenuti in numero maggiore cittadini di sesso maschile e con una formazione culturale medio alta. Un altro limite di uno strumento come la Piattaforma è costituito dal c.d. divario digitale, per cui partecipano a questi processi solo coloro che possiedono strumenti informatici e che sono in grado di interfacciarsi con i dispositivi che permettono l'accesso alla rete, problema comune a tutti gli strumenti di democrazia digitale. Inoltre, l'esistenza della Piattaforma (come, d'altra parte, della stessa COFE) era stata scarsamente pubblicizzata, nonostante la previsione di un piano di comunicazione³² da parte delle istituzioni.

2.2. I Panel europei di cittadini e il processo deliberativo.

I Panel europei di cittadini (nel numero di quattro composti ciascuno da 200 persone) sono il secondo livello della Conferenza e quello in cui si è applicato il metodo deliberativo. Questo è definito una «thoughtful consideration of an issue through a facilitated group process»³³ e si distingue da altri meccanismi di partecipazione (come la

della tecnologia e la COFE cfr. anche A. GAIBA, *Democratic catalysts: digital technology and institutional change in the Conference on the Future of Europe*, Master Thesis, European University Institute, Florence, 2022, reperibile [online](#).

³⁰ [Relazione di sintesi della seconda riunione del comitato esecutivo della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), 7 aprile 2021, p. 2.

³¹ Un'ampia partecipazione contribuisce alla legittimità dello strumento e dei risultati prodotti. In termini di risultati la Piattaforma ha avuto 53.335 utenti registrati, 721.487 partecipanti ad eventi, 18.859 idee, 22.167 commenti, 6.661 eventi, 72.000 approvazioni. Per un commento sui numeri della Piattaforma si veda L. LIONELLO, *Gli esiti*, cit.

³² [Relazione di sintesi della sesta riunione del comitato esecutivo della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), 19 luglio 2021, p. 7.

³³ A. WILLIAMSON, J. BARRAT, *Mapping Deliberate Democracy in Council of Europe Member States*, prepared for the Division of Elections and Participatory Democracy, Department of Democracy and Governance, Council of Europe, Strasbourg, October 2022, reperibile [online](#).

stessa Piattaforma, le consultazioni, le petizioni³⁴) perché coinvolge un numero di cittadini rappresentativo della composizione demografica dell'Unione per assicurare la possibilità che siano rappresentati e si possano esprimere punti di vista diversi. Il processo deliberativo³⁵ richiede, infatti, una specifica modalità di selezione dei partecipanti³⁶ e un'immersione totale, una discussione fondata su varie evidenze e dati che sono dibattuti con la guida di moderatori e di facilitatori.

I Panel europei di cittadini nella COFE corrispondono, per quanto riguarda la loro composizione, a questo modello deliberativo³⁷. L'individuazione dei partecipanti è avvenuta con un metodo di selezione fondato sui seguenti fattori: per ciascuno Stato membro dovevano essere presenti almeno un cittadino di sesso maschile e uno di sesso femminile, per il numero di cittadini per Stato membro si è applicato il principio della proporzionalità degressiva (come per la composizione del Parlamento europeo). Oltre alla cittadinanza, sono stati applicati i seguenti criteri per costituire un sottoinsieme rappresentativo della popolazione più ampia: provenienza da diversi contesti – urbano/rurale, socioeconomico –, genere ed età. Quest'ultimo aspetto è stato valorizzato, per cui un terzo dei componenti di ogni Panel doveva essere costituito da cittadini/e di età inferiore ai venticinque anni. La selezione casuale³⁸, che ha tenuto conto dei principi suddetti, ha assicurato la partecipazione di persone con idee e approcci potenzialmente

³⁴ Per una valutazione dei principali strumenti di partecipazione attualmente applicati nell'ordinamento dell'Unione cfr. A. ALEMANN, *Europe's Democracy Challenge: Citizen Participation in and Beyond Elections*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 35-40; ID. *Beyond Consultations: Reimagining European Participatory Democracy*, in *Carnegie Europe*, 5 December 2018, reperibile [online](#); I. PERNICE, *E-Government and E-Democracy: Overcoming Legitimacy Deficits in a Digital Europe*, *HIIG Discussion Paper Series*, n. 2016-01, 7 January 2016, reperibile [online](#).

³⁵ La letteratura sul processo deliberativo è molto vasta. Alcuni scritti analizzano le caratteristiche del metodo deliberativo anche con riferimento all'ordinamento europeo. Cfr. S. BLOCKMANS, S. RUSSACK, *Deliberative Democracy in the EU*, London, 2020; A. CRESPIY, *Deliberative Democracy and the Legitimacy of the European Union. A Reappraisal of Conflict*, in *Political Studies*, 2014, pp. 81-98; E. FOSSUM, A.J. MENÉNDEZ *The Constitution's Gift? A Deliberative Democratic Analysis of Constitution Making in the European Union*, in *European Law Journal*, 2005, pp. 380-410.

³⁶ Si veda anche A. ALEMANN, K. NICOLAIDIS, *Citizen Power Europe: The Making of a European Citizens' Assembly*, in A. ALEMANN, P. SELLAL, *The Groundwork of European Power*, in *Revue Européenne du Droit*, 2022, n. 3, reperibile anche [online](#).

³⁷ Si usa comunemente in questo contesto il termine *mini-publics* con cui ci si riferisce ad un'assemblea di cittadini, demograficamente rappresentativa della popolazione più ampia, che si riunisce per deliberare su uno o più argomenti per informare l'opinione pubblica e per contribuire all'adozione di decisioni. Cfr. A. ALEMANN, J. ORGAN, *The Case for Citizen Participation in the European Union: A Theoretical Perspective on EU Participatory Democracy*, in A. ALEMANN, J. ORGAN (edited by), *Citizen Participation in Democratic Europe: What Next for the EU?*, 2021, reperibile anche [online](#); L. SULLIVAN, P. PIERRI, X. DUTOIT, *We Move Europe: Connecting online and offline citizen participation through the Stop Glyphosate ECI and mini publics*, *ibidem*; V. JACQUET, *The Role and the Future of Deliberative Mini-publics: A Citizen Perspective*, in *Political Studies*, 2019, pp. 639-657; K. GRÖNLUND, A. BÄCHTIGER, M. SETÄLÄ, *Deliberative Mini-Publics: Involving Citizens in the Democratic Process*, Colchester, 2014.

³⁸ I partecipanti sono stati individuati mediante contatti telefonici con numeri scelti casualmente. Sul metodo specifico di contatto cfr. *Relazione sul risultato finale*, cit., p. 15.

molto diversi sull'Unione europea³⁹. L'ostacolo linguistico è stato superato mediante la traduzione simultanea in tutte le lingue nelle sessioni plenarie e dall'organizzazione di sottogruppi divisi per competenze linguistiche.

Per quanto riguarda il processo, i Panel si sono riuniti tre volte⁴⁰ per discutere delle tematiche assegnate. Ogni Panel aveva affidato un *cluster* tematico che raggruppava diverse questioni. In sintesi, i nove argomenti della Piattaforma sono stati riuniti in quattro macro-tematiche: Democrazia europea (compresi valori, diritti, stato di diritto e sicurezza), Cambiamenti climatici (inclusi ambiente e salute), economia più forte (inclusi giustizia sociale, lavoro/istruzione, giovani, cultura, sport e trasformazione digitale) e l'UE nel mondo (compresa la migrazione). Si tratta di aree molto ampie affidate ad ogni Panel, soprattutto nella prospettiva di un corretto processo deliberativo, anche se, come si vedrà, queste sono poi state scomposte in una serie di domande e problemi più definiti.

I membri dei Panel hanno ricevuto le parti rilevanti del rapporto sulla Piattaforma. Erano presenti esperti⁴¹ – che hanno introdotto le tematiche – e facilitatori, figure che, come si è detto, sono parte integrante dei processi deliberativi.

Il confronto nei Panel ha preso le mosse da tematiche molto ampie per arrivare a definizioni più specifiche (filoni e sotto filoni). I cittadini avevano comunque la facoltà di indicare ulteriori nuove questioni. Mediante un processo di elaborazione e discussione svoltosi in diverse fasi sono state individuate priorità e quindi raccomandazioni. Ad esempio, durante la prima sessione del Panel 2 «Democrazia europea», i cittadini avevano sollevato circa settantacinque argomenti legati al tema generale; sono poi state espresse opinioni generali dei partecipanti sull'UE e sul suo futuro prima che fossero identificati i filoni. La generazione di filoni era volta a «razionalizzare il lavoro e suddividerlo tra i sottogruppi dei Panel nelle sessioni successive degli stessi»⁴². Nel Panel 2, ad esempio, i filoni erano: garantire i diritti e la non discriminazione; protezione della democrazia e dello Stato di diritto; riforma dell'UE; costruire un'identità europea; rafforzare la partecipazione dei cittadini. Nel passaggio successivo sono state specificate, per ciascun filone, una serie di «questioni» relative agli argomenti assegnati definite come «problemi che necessitano di soluzioni o situazioni che devono cambiare, base per la definizione degli orientamenti». Sono stati definiti quindi gli orientamenti, accompagnati da motivazioni, primo passo per la produzione di raccomandazioni, obiettivo della terza e ultima sessione. Il metodo di discussione ha seguito le linee guida del processo

³⁹ Un altro dei principi del metodo deliberativo, oltre alla rappresentatività, è l'inclusività, per cui dovrebbero essere coinvolti anche gruppi sotto rappresentati. Cfr. OECD, *Innovazione nella partecipazione*, cit., p. 28.

⁴⁰ Sessione 1 a Strasburgo, al Parlamento Europeo, Sessione 2 online, Sessione 3 a Firenze, Varsavia, Maastricht e Dublino.

⁴¹ Secondo i principi del processo deliberativo i partecipanti devono aver accesso a informazioni corrette e diversi punti di vista. Cfr. OECD, *Innovazione nella partecipazione*, cit. p. 29.

⁴² Cfr. Relazione Panel 2 “Democrazia europea/Valori e diritti, Stato di diritto, sicurezza”, sessione 1, allegato 2, p. 47, reperibile [online](#).

deliberativo *result-oriented*: definizione dell'agenda, processo di discussione e confronto con cui si arriva alla definizione dei risultati (proposte).

Un esempio può meglio illustrare la strutturazione delle discussioni. Nel Panel 2, «Democrazia europea»⁴³, il filone 3, «Riforma dell'UE», prevedeva, tra gli altri, il sotto filone 3.2 «Processo decisionale». In questo sotto filone, una delle questioni individuate era la seguente: «[è] necessaria una maggiore partecipazione dei cittadini al processo decisionale. La tecnologia non è sufficientemente utilizzata per coinvolgere i cittadini, ad esempio per le votazioni o per suggerire idee ai fini del processo decisionale» (questione 3.2.3). In seguito, sono stati definiti degli orientamenti, tra cui, l'orientamento 3.2.3.1 «[s]i dovrebbe indire un referendum a livello dell'UE per ogni questione che abbia un'importanza estrema per tutti i cittadini europei»; l'orientamento 3.2.3.2: «[s]i dovrebbero prendere maggiormente in considerazione la votazione *online* e i contributi *online* dei cittadini ai fini dell'influenza sul processo decisionale». Nella terza sessione sono state elaborate, sulla base degli orientamenti e delle discussioni, delle raccomandazioni, tra cui, sempre nell'ambito del sotto filone 3.2, la raccomandazione seguente: «[r]accomandiamo di creare una Piattaforma digitale multifunzionale in cui i cittadini possano votare alle elezioni e ai sondaggi online. I cittadini dovrebbero poter motivare il proprio voto su questioni importanti e proposte legislative provenienti dalle istituzioni europee. La Piattaforma dovrebbe essere sicura, ampiamente accessibile e altamente visibile a tutti i cittadini» (raccomandazione 19). Questa è poi stata adottata come proposta 36 della Plenaria⁴⁴.

I Panel hanno costituito un punto di raccordo tra il livello inferiore e quello superiore, in quanto le loro deliberazioni hanno tenuto conto delle idee presentate nella Piattaforma; le raccomandazioni dei Panel sono state trasmesse alla Plenaria, assieme alle proposte della Piattaforma⁴⁵. I Panel sono stati anche informati delle raccomandazioni formulate dai panel nazionali anch'esse trasmesse alla Plenaria⁴⁶.

⁴³ Per una critica del processo deliberativo svoltosi nei Panel si veda M. STEUER, *Roots of the EU Tree. Value Streaming at the European Citizens' Panel on Democracy*, in *VerfBlog*, 9 October 2021, reperibile [online](#).

⁴⁴ Su cui cfr. *infra*. Nella Relazione finale sulla piattaforma digitale multilingue, cit., tra i suggerimenti figurano misure volte a rendere le consultazioni e la partecipazione dei cittadini un elemento strutturale della *governance* dell'UE al fine di creare un senso di titolarità tra i cittadini per quanto riguarda il processo decisionale dell'UE. È stato proposto, tra l'altro, di istituzionalizzare le assemblee dei cittadini, creare piattaforme online e organizzare referendum a livello di UE.

⁴⁵ Le idee della Piattaforma sono state poste su di un piede di parità con le raccomandazioni dei Panel, ai sensi del regolamento. Questo elemento è stato sottolineato anche nel Resoconto della sessione dei gruppi di lavoro della Plenaria del 25 marzo 2022.

⁴⁶ I Panel nazionali non sono oggetto di analisi in questo scritto. Ci si limita a ricordare che Panel nazionali di cittadini sono stati composti secondo i già menzionati principi del metodo deliberativo. Essi sono stati organizzati (solo) in sei stati membri (Belgio, Germania, Francia, Italia, Lituania e Paesi Bassi); le loro raccomandazioni sono state discusse dalla sessione Plenaria della Conferenza, raggruppate per aree tematiche. Si veda la *Relazione sul risultato finale*, cit., p. 22 ss.

Gli aspetti positivi di questo processo sono facilmente individuabili. Innanzi tutto, per il ricorso al metodo deliberativo, che è volto ad accrescere la legittimità del processo, essendo fondato sulla discussione e non sul voto, sulla disponibilità a cambiare opinione, sull'argomentazione razionale e sulla predisposizione ad ascoltare le posizioni degli altri senza preconcetti per arrivare a una soluzione consensuale. Il processo è stato anche caratterizzato dalla trasparenza, le riunioni sono state trasmesse *online* (le registrazioni sono disponibili per la visione) e tutti i documenti sono stati caricati sul sito della Conferenza.

Non si è trattato, dunque, di incontri informativi e sessioni di domande e risposte, ma della prima applicazione nell'Unione europea di un metodo già sperimentato in altri contesti nazionali. L'esperienza è sicuramente interessante e promettente, nell'ottica dell'istituzione di un meccanismo analogo e permanente, anche se non sono mancate criticità. Queste sono individuabili nel tempo limitato a disposizione dei Panel per elaborare le proposte, fattore dovuto al procrastinato inizio della Conferenza, a motivo della situazione sanitaria (e della disputa interistituzionale su chi dovesse presiedere la Conferenza) che ha ristretto i tempi di discussione, poiché i lavori della COFE dovevano terminare il 9 maggio 2022. Si ricordi che l'adeguatezza del tempo a disposizione per apprendere, valutare ed elaborare raccomandazioni è anch'esso un principio del processo deliberativo. Altro aspetto problematico, come si è detto, è stato il numero e la portata delle tematiche discusse, una questione particolarmente delicata anch'essa in termini di correttezza del processo deliberativo. A questa si è cercato di rimediare con la scomposizione delle macro-aree in questioni più specifiche. D'altra parte, una riduzione del numero delle tematiche poteva apparire come una decisione delle priorità imposta dall'alto.

2.3. La Plenaria: l'interazione tra i rappresentanti dei cittadini europei e delle istituzioni.

La sessione Plenaria della Conferenza, incaricata di discutere le raccomandazioni dei Panel europei e nazionali dei cittadini e della Piattaforma, era composta da 450 membri così distribuiti: rappresentanti dei Parlamenti nazionali (108), del Consiglio (54, ovvero due per Stato membro), della Commissione (3), del Parlamento europeo (108), del Comitato economico e sociale (18), del Comitato delle Regioni (18), delle parti sociali (rappresentanti di sindacati), della società civile (8) dei Panel dei cittadini (80) di cui un terzo devono esser giovani di meno di 25 anni⁴⁷. Ogni Panel dei cittadini europei ha eletto venti delegati alla Plenaria a cui si sono aggiunti il presidente del forum dei giovani e

⁴⁷ La partecipazione dei giovani alle elezioni del 2019 del Parlamento europeo ha avuto un impatto rilevante, cfr. European Parliament press release, [2019 European Elections: Record Turnout Driven by Young People](#), 24 September 2019.

ventisette (uno per Stato membro) partecipanti ai Panel nazionali o agli eventi (per un totale di 108). L'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza è stato invitato quando si è discusso il ruolo internazionale dell'Unione. Ai componenti sopra indicati sono stati aggiunti sei rappresentanti delle autorità regionali, sei di quelle locali e ulteriori quattro partecipanti, rispetto agli otto già presenti, in rappresentanza delle parti sociali⁴⁸. La composizione della Plenaria evoca, ma solo in parte, quella della Convenzione prevista dall'art. 48, par. 3 TUE, che è chiamata a svolgere un ruolo preparatorio per la modifica dei trattati. Come noto, infatti, rappresentanti della società civile, degli organi consultivi e soprattutto dei cittadini non sono previsti nella Convenzione, mentre gli ultimi sono stati una componente qualificante della Plenaria.

La composizione della Plenaria della Conferenza riflette le due dimensioni della democrazia nell'Unione. Inoltre, a differenza di altri strumenti in cui i cittadini presentano delle proposte o richieste alle istituzioni che poi decidono in piena autonomia, nella Plenaria la discussione è avvenuta su base tendenzialmente paritaria, «[l]a véritable innovation démocratique tient dans le dernier pilier de la Conférence: l'Assemblée plénière. En effet, dans la plupart des processus participatifs, les citoyens formulent leur avis qu'ils remettent finalement aux décideurs. Cette fois, la Plénière a été ajoutée comme étape supplémentaire de co-construction des propositions finales»⁴⁹.

Si deve sottolineare che la Plenaria non aveva compiti decisionali e che la sua funzione era trasmettere indicazioni e proposte al Comitato esecutivo che era incaricato di redigere la «Relazione sul risultato finale». Ai sensi del regolamento interno della Conferenza, la Plenaria ha sottoposto le raccomandazioni al Comitato esecutivo su base consensuale⁵⁰. Una nota chiariva che il consenso doveva essere raggiunto tra i rappresentanti del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione europea e dei parlamenti nazionali, su un piano di parità. Le eventuali posizioni divergenti dei rappresentanti dei cittadini dovevano essere indicate nella relazione del comitato esecutivo. Questo vuol dire che al momento del voto i rappresentanti eletti hanno avuto maggior peso⁵¹.

Sono stati istituiti nove gruppi di lavoro⁵² per preparare i dibattiti e le proposte della Plenaria. La discussione nell'ambito dei gruppi di lavoro ha visto i rappresentanti

⁴⁸ Cfr. Relazione di sintesi della sesta riunione del comitato esecutivo, cit., p. 3.

⁴⁹ Si vedano i commenti riportati sul sito di *Missions Publiques*, una delle società incaricate di organizzare la Conferenza, reperibili [online](#).

⁵⁰ Anche i nove rappresentanti del Comitato esecutivo dovevano adottare le decisioni per consenso.

⁵¹ Intervista al prof. A. Alemanno sul sito di *Missions Publiques*: «[n]ous n'avons jamais vraiment eu l'occasion d'avoir des représentants élus et des citoyens dans la même pièce, délibérant ensemble sur un pied d'égalité, même si en réalité leur rôle ne sera pas égal à celui des représentants élus, car la voix des citoyens sera finalement moins importante lors de l'adoption des recommandations» (reperibile [online](#)).

⁵² I nove gruppi corrispondevano alle aree tematiche indicate nella Piattaforma. Ciascun gruppo di lavoro era composto da almeno quaranta membri, secondo il criterio per cui le proporzioni tra le varie componenti della Plenaria si rispecchiavano in tutti i gruppi di lavoro. I rappresentanti dei panel europei di

dei Panel confrontarsi con quelli⁵³ delle istituzioni che hanno posto questioni e richiesto chiarimenti su vari aspetti delle proposte. Per la composizione di questi organismi, per le modalità di discussione e per i tempi ristretti, questo processo non si può qualificare come deliberativo⁵⁴.

2.4. Le proposte della Conferenza relative alla creazione di una Piattaforma digitale e all'istituzione di Assemblee dei cittadini.

Prima di esaminare la posizione assunta dalle istituzioni europee dopo la chiusura della COFE, merita soffermarsi brevemente sulle proposte contenute nella «Relazione sul risultato finale» riguardanti i meccanismi di partecipazione dei cittadini che richiamano i modelli dei Panel e della Piattaforma multilingue. Queste raccomandazioni dimostrano che la COFE è stata anche un campo di prova di strumenti di coinvolgimento e dialogo con i cittadini che hanno utilizzato sia nuove tecnologie⁵⁵ sia meccanismi più tradizionali. Le misure che meritano particolare attenzione⁵⁶ sono contenute nel quadro della Proposta n. 36, rubricata: «informazioni per i cittadini, partecipazione e giovani» che ha come obiettivo un aumento della partecipazione dei cittadini e un coinvolgimento dei giovani per garantire che la loro voce sia ascoltata tra una elezione e l'altra e per rendere la partecipazione più efficace.

La prima misura proposta è l'istituzione di una Piattaforma digitale per condividere idee, domande e punti di vista dei cittadini. «Raccomandiamo di creare una Piattaforma online in cui i cittadini possano trovare e richiedere informazioni verificate. La Piattaforma dovrebbe essere associata in modo chiaro alle istituzioni dell'UE, dovrebbe essere strutturata per argomenti e dovrebbe essere facilmente accessibile (ad esempio, includendo una linea telefonica diretta). I cittadini dovrebbero essere in grado di porre domande critiche ad esperti (ad es. accademici, giornalisti) e di ottenere risposte concrete corredate di fonti» (proposta 36, numero 3).

cittadini hanno partecipato ai gruppi di lavoro che si occupavano degli stessi argomenti trattati dai rispettivi panel. Mandato dei gruppi di lavoro allegato al documento di riflessione sull'organizzazione della Plenaria. Il resoconto sommario di ciascuna riunione del gruppo di lavoro è stato messo a disposizione nella sezione dedicata alla Plenaria nella Piattaforma digitale multilingue.

⁵³ Sessione dell'11 marzo 2022, i cui resoconti sono disponibili [online](#).

⁵⁴ Sul punto si vedano anche i commenti di P. BLOKKER, *Experimenting with European Democracy: Citizen-driven Treaty change and the Conference on the Future of Europe*, in *VerfBlog*, 21 June 2022, reperibile [online](#).

⁵⁵ Questa funzione era stata anche prevista dal Parere del Comitato europeo delle regioni sul tema «Rafforzare la governance locale e la democrazia rappresentativa attraverso i nuovi strumenti tecnologici digitali», [COR 2020/00830](#).

⁵⁶ Altre misure riguardano il miglioramento delle forme di partecipazione già esistenti. Ad esempio, la misura n. 1 raccomanda l'istituzione di un sito web integrato contenente le informazioni su tutti gli spazi partecipativi dell'Unione; un miglioramento dell'inclusività nei meccanismi partecipativi; un aumento dell'interazione *online* e *offline* tra cittadini e le istituzioni. Come misura nuova, (n. 11) si chiede di sintetizzare gli elementi della partecipazione in una Carta dell'UE per il coinvolgimento dei cittadini.

Non si tratterebbe, quindi, di una Piattaforma per la raccolta di idee da trasformare in proposte ma di uno strumento di informazione verificata. Come tale creerebbe meno difficoltà di realizzazione rispetto a uno strumento di tipo partecipatorio volto ad influire sulle decisioni delle istituzioni. Il suo funzionamento richiederebbe comunque importanti investimenti in termini di risorse economiche ed umane, per la presenza di esperti e moderatori; si dovrebbero, inoltre, assicurare, verifiche e modalità controllate per espungere *fake news* o *hate speeches*⁵⁷. Sarebbe anche auspicabile prevedere che gli utenti si impegnino a rispettare i principi indicati nella Carta della COFE. Una Piattaforma digitale permanente sul modello di quella multilingue, concepita quindi come un collettore di idee e proposte, richiederebbe anche una valutazione e sistematizzazione delle stesse, una chiara indicazione dell'utilizzo delle misure raccomandate, della loro collocazione nel processo decisionale e dei meccanismi di *feedback*. Si dovrebbe altresì stabilire l'eventuale interrelazione con altri strumenti di consultazione e partecipazione attivi nell'ordinamento dell'Unione, come l'ICE, le petizioni al Parlamento europeo, le consultazioni sul sito «Dì la tua»⁵⁸.

Per quanto riguarda la seconda misura, quella relativa alla costituzione di Assemblee dei cittadini (Panel), la proposta è di: «organizzare periodicamente assemblee dei cittadini, sulla base del diritto dell'UE giuridicamente vincolante. I partecipanti devono essere selezionati in modo casuale, con criteri di rappresentatività, e la partecipazione dovrebbe essere incentivata. Se necessario, ci sarà il supporto di esperti in modo che i membri dell'assemblea dispongano di informazioni sufficienti per deliberare»⁵⁹. Si chiede anche che le istituzioni debbano motivare la mancata presa in considerazione delle proposte avanzate dalle assemblee di cittadini, come avviene attualmente per l'iniziativa (dell'iniziativa) del Parlamento europeo e del Consiglio⁶⁰. La proposta riconosce esplicitamente la priorità della dimensione rappresentativa della

⁵⁷ La misura n.1, che come specificato nella nota precedente riguarda meccanismi di partecipazione già attivi, indica la necessità di prestare attenzione al materiale dei contenuti, ai temi, alle competenze dei moderatori.

⁵⁸ Si veda il sito https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_it. Cfr. *infra* sulla posizione della Commissione sulla istituzione di un sito dedicato alle consultazioni.

⁵⁹ Proposta 36, n. 7, formulata in termini quasi identici dal Panel 2, raccomandazione 39. Ivi si chiedeva di tenere assemblee di cittadini ogni 12-18 mesi. Vedi Rapporto del Panel 2 incluso nella Relazione sul risultato finale, cit., p. 139. Una proposta analoga proviene dal Comitato delle Regioni che suggeriva l'istituzione di un «permanent system of citizens' dialogues/consultations» da integrarsi nel ciclo decisionale su base regolare (*Working together to bring the EU closer to its citizens: EU cities and regions' key proposals to renew the EU (2019-2024)*, n. 3975, June 2019, consultabile [online](#)). Si veda lo studio commissionato dalla Commissione per gli Affari costituzionali del Parlamento europeo e redatto dal professor A. ALEMANNI, *Towards a Citizens' Permanent Participatory Mechanism in the EU*, doc. PE 735.927 - September 2022, reperibile [online](#). Il modello è stato replicato anche da alcuni Stati membri. I più attivi sono Francia, Spagna e Belgio: cfr. M. ÅLANDER, N. VON ONDARZA, S. RUSSACK, *Managed Expectations: EU Member States' Views on the Conference on the Future of Europe*, in *SWP Working Papers*, 3 June 2021, reperibile [online](#).

⁶⁰ Rispettivamente, artt. 225 e 241 TFUE. Non si tratta, come noto, di poteri autonomi di iniziativa ma di atti che sollecitano la Commissione a presentare delle iniziative.

democrazia. Infatti, si specifica che la partecipazione e il coinvolgimento preliminare dei cittadini sono «una base importante per le decisioni politiche che devono essere prese dai rappresentanti eletti»⁶¹.

Queste Assemblee dei cittadini dovrebbero esaminare questioni più specifiche e possibilmente prioritarie (rimane aperta la questione di chi identifica tali priorità). Come per le idee presentate nella Piattaforma ed elaborate come proposte, anche quelle dei Panel dovrebbero essere inserite nel processo decisionale, ad esempio nella programmazione annuale della Commissione e del Parlamento. Sarebbe necessario però individuare dei meccanismi per non appesantire eccessivamente un processo già complesso⁶².

3. Il *follow-up* della Conferenza. Le prime reazioni delle istituzioni.

Se i lavori della Conferenza sono terminati con l'adozione della «Relazione sul risultato finale» da parte del Comitato esecutivo, in realtà l'esperimento non si può considerare concluso. Infatti, come si è detto, le istituzioni si sono impegnate, nella «Dichiarazione comune», a rispondere alle sollecitazioni emerse dalla COFE. Secondo l'art. 1, comma 8 del regolamento interno della Conferenza: «Un meccanismo di *feedback* garantirà che le idee formulate durante gli eventi connessi alla Conferenza si traducano in raccomandazioni concrete per le future azioni dell'UE». Come riconosciuto dal presidente del comitato esecutivo «occorrerà dare seguito alla Conferenza in modo continuativo, affinché i cittadini siano informati di come evolvono le loro raccomandazioni»⁶³.

Per quanto riguarda la discussione, si specificava, sempre nel regolamento interno (art. 2, comma 2) che «La portata della Conferenza dovrebbe riflettere i settori in cui l'Unione europea ha la competenza ad agire o in cui l'azione dell'Unione europea sarebbe vantaggiosa per i cittadini europei»⁶⁴. Implicitamente, quindi, si riconosceva che alcune raccomandazioni avrebbero potuto trascendere gli ambiti di competenza dell'Unione.

⁶¹ Ad esempio, la proposta 38, misura 3, sull'istituzione di liste transnazionali per l'elezione del Parlamento europeo, va certamente nella direzione di un rafforzamento della democrazia rappresentativa.

⁶² Il problema si è posto anche nell'ambito del sistema legiferare meglio, recentemente modificato per rispondere anche al problema di evitare oneri eccessivi. Si veda per un commento sul punto A.E. CHRISTOPOULOU, *Public Consultation Unpacked: the Commission's Participatory Regime under the 2021 Better Regulation Agenda*, in *European Law Blog*, 20 gennaio 2022, reperibile [online](#).

⁶³ [Relazione di sintesi della nona riunione del comitato esecutivo](#), 5 aprile 2022. Il Comitato esecutivo aveva anche precisato che «[o]ltre alla riunione sul feedback, i partecipanti ai panel saranno informati direttamente in merito al processo e al seguito dato, attraverso la piattaforma digitale, newsletter periodiche e comunicazioni *ad hoc* tramite posta elettronica» ([aggiornamento delle modalità pratiche per i panel europei di cittadini della Conferenza sul futuro dell'Europa](#), 20 maggio 2021, p. 4, ripreso anche in *Update Practical modalities*, 10 September 2021, cit., p. 5).

⁶⁴ Enfasi aggiunta.

Pertanto, per la realizzazione delle proposte insistenti su tali tematiche, sarebbe necessaria una modifica dei trattati.

Nella «Dichiarazione comune» i presidenti delle tre istituzioni si erano impegnati a dare un seguito efficace alla «Relazione sul risultato finale» e a esaminare in tempi rapidi i percorsi utilizzabili, ciascuna istituzione nell'ambito delle proprie competenze e conformemente ai trattati. Un mancato seguito comprometterebbe il risultato raggiunto e inficerebbe la realizzazione di quel processo volto a rafforzare la legittimità dell'Unione mediante il coinvolgimento dei cittadini. Questa esigenza è stata evidenziata, se pure con diversa enfasi, anche nei due *non-paper* adottati da due diversi gruppi di Stati membri alla fine della Conferenza⁶⁵.

Le istituzioni si trovano, quindi, a dover necessariamente rispondere alle sollecitazioni espresse in un forum che prevede dei meccanismi di consultazione di tipo nuovo ma allo stesso tempo si trovano su posizioni diverse per il loro ruolo e le loro funzioni nel processo decisionale. Inoltre, le raccomandazioni della COFE potrebbero essere utilizzate come forma di legittimazione delle posizioni di alcune istituzioni e quindi per rafforzare la loro posizione nel processo decisionale. Questo rischio è stato evidenziato dal citato *non-paper* di dodici Stati membri del 9 maggio 2022⁶⁶.

Due sono sostanzialmente le scelte possibili per quanto riguarda i *follow-up* della COFE.

La prima, minimalista, è dare seguito solo alle proposte dei cittadini che sono già iscritte nell'agenda delle istituzioni. Ad esempio, per alcuni Stati, la Conferenza avrebbe dovuto limitarsi a individuare le misure per attuare le priorità già concordate nell'Agenda strategica del Consiglio europeo del 2019⁶⁷. In questa ipotesi è evidente che la portata e i risultati della Conferenza sarebbero ridotti ad una conferma di scelte politiche già assunte.

La seconda possibilità, massimalista, è prendere in esame idee innovative realizzabili nell'ambito di competenze attribuite, oppure mediante modifiche ai trattati o anche sfruttando le note clausole passerella previste nei trattati. Il Parlamento ha già (ri)presentato alcune richieste (come il riconoscimento di un potere di iniziativa proprio) motivandole come traduzione delle raccomandazioni della Conferenza.

⁶⁵ Il [primo non-paper](#) è stato adottato il 9 maggio 2022 dai seguenti dodici Stati membri: Bulgaria, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Romania, Slovenia e Svezia. In questo documento gli Stati firmatari ritengono che la modifica dei trattati non rientrasse nel mandato della COFE. Il [secondo non-paper](#) è stato adottato il 13 maggio 2022 da Germania, Belgio, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna. La posizione sulla modifica dei trattati è di una maggiore apertura. Si veda anche sul punto C. STRATULAT, P. BUTCHER, *The European Citizens' Consultations: Will the member states make them count?*, in EUROPEAN POLICY CENTRE *Yes, we should! EU priorities for 2009-2014, EPC Challenge Europe*, April 2019, n. 24, reperibile [online](#).

⁶⁶ Nel *non-paper* si afferma: «The ideas presented by citizens at the Conference should speak for themselves and deserve a serious follow-up. They should not be instrumentalized to serve special institutional interests». Un altro gruppo di Stati (Austria, Repubblica ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Paesi bassi, Slovacchia e Svezia) avevano adottato il 23 marzo del 2021 un [non-paper](#) in cui definivano la loro visione in merito al mandato e finalità della COFE.

⁶⁷ Consiglio europeo, [Una nuova Agenda strategica 2019-2024](#).

Si consideri anche che l'ampio numero di proposte della COFE non pone solo un problema di traduzione concreta delle stesse (quello che l'Unione dovrebbe fare) ma anche una scelta di priorità (quello che l'Unione dovrebbe fare prima). Queste scelte, che tengono necessariamente conto delle situazioni contingenti, si collegano anche all'ipotesi di creazione di nuovi meccanismi di consultazione. Sarebbe possibile immaginare l'attivazione di Panel di cittadini per l'individuazione e definizione di scelte strategiche o la realizzazione di una Piattaforma multilingue permanente senza modificare i trattati (tali strumenti potrebbero trovare una base nell'art. 11 TUE).

3.1. Il Consiglio europeo.

La posizione nel Consiglio europeo è stata affidata alle conclusioni della riunione del 23 e 24 giugno del 2022 in cui l'istituzione si è limitata a prendere atto dei risultati della Conferenza e a ricordare l'impegno assunto da tutte le istituzioni a dare seguito alla «Relazione sul risultato finale». Il Consiglio europeo ha anche sottolineato l'importanza di informare i cittadini sul *follow-up* della Conferenza⁶⁸.

Il Consiglio europeo ha elaborato una sua Agenda strategica e ci si può attendere che esso intenda eventualmente valorizzare quelle proposte della COFE che ad essa corrispondono⁶⁹. In materia di processo decisionale non ci sono elementi di riscontro, poiché l'Agenda strategica riguarda esclusivamente le politiche e non gli strumenti decisionali⁷⁰.

Si considerino, infine, per avere un quadro più chiaro di quanto potrà avvenire in Consiglio Europeo, le divergenti posizioni di due gruppi di Stati membri. I dodici Stati che hanno adottato un *non-paper* dopo la chiusura della COFE sono perentori sul punto:

⁶⁸ Come già si è avuto modo di sottolineare, le risposte delle istituzioni su come realizzare anche solo in parte le misure raccomandate sono parte integrante del processo. La mancata risposta da parte del Consiglio europeo nel caso delle *European Citizens' Consultations* è stata fortemente criticata. Si trattava di una iniziativa anche questa volta originata da una proposta del presidente Macron e recepita dalla Commissione. Il Consiglio europeo di Sibiu, che era indicato come il punto di approdo delle Consultazioni (processo che prevedeva un sondaggio online della Commissione e dei Panel di cittadini negli Stati membri) non aveva fatto alcuna menzione alle Consultazioni nelle sue Conclusioni. Sul punto cfr. P. BUTCHER, S. PRONCKUTÉ, *European Citizens' Consultations: Consultation begins at home*, in *European View*, 2019, pp. 80-88, reperibile [online](#). Come sottolineato da alcuni autori: «[t]here are different reasons for the ECC not having had any policy impact. The most important one is probably that there was no official link between the consultation and the decision-making process. The European institutions were not obliged to provide feedback on the recommendations to the participants or give an official response». Cfr anche G. ROSE, I. VAN KEULEN, G. AICHHOLZER, *Formal Agenda-Setting (European Level)*, in H. LEONHARD, I. VAN KEULEN, I. KORTHAGEN, I. AICHHOLZER, R. LINDNER, R. ØJVIND NIELSEN (Editors), *European E-Democracy*, cit., pp. 209-236.

⁶⁹ Uno studio del Servizio di ricerca del Parlamento europeo ha individuato le corrispondenze tra proposte della COFE e Agenda strategica del Consiglio europeo. R. DRACHENBERG, *The Conference on the Future of Europe and the European Council: How far is there a shared policy agenda for the future?*, European Parliamentary Research Service, [PE 730.325](#) - June 2022.

⁷⁰ In relazione a questo punto l'Agenda strategica richiama il rispetto da parte delle istituzioni ai principi della democrazia, lo stato di diritto, la trasparenza, l'eguaglianza dei cittadini e tra gli Stati membri.

essi affermano di non supportare, in quanto prematuro, il processo di riforma dei trattati poiché drenerebbe «energie politiche» che dovrebbero essere dispiegate per fornire risposte alle domande dei cittadini europei (evidentemente solo quelle che si possono realizzare a trattati invariati). Un altro *non-paper* di sei Stati membri, del maggio 2022, sembra adottare una posizione più flessibile, in quanto sollecita un ampio dibattito sull'attuazione delle proposte da tenersi in modo strutturato nelle rilevanti formazioni del Consiglio, con il Consiglio affari generali incaricato di svolgere una funzione di coordinamento.

Chi contesta l'attivazione della procedura *ex art. 48 TUE* esprime implicitamente un giudizio negativo sulla legittimità della COFE come processo costituente. In altri termini, le proposte della Conferenza (che provengono dai cittadini ma anche e dalle stesse istituzioni) non sono ritenute da molti Stati una ragione sufficiente per valutare la possibilità di procedere nella direzione di una modifica dei trattati (ai sensi ovviamente dell'art. 48 TUE) per soddisfare alcune delle (più significative) richieste della COFE.

3.2. Il Consiglio.

Il Consiglio ha discusso il seguito da dare alla Conferenza nella riunione del Consiglio generale del 20 settembre del 2022⁷¹, soprattutto in merito all'adozione di misure che non richiedono una modifica dei trattati e all'utilizzo delle clausole passerella. Il Consiglio ha adottato una valutazione tecnica preliminare⁷², un documento composto da una prima nota in cui l'istituzione opera una classificazione delle proposte e una nota tecnica molto più ampia e dettagliata per ognuna delle proposte presentate.

Per quanto riguarda il contenuto della nota sintetica, il Consiglio distingue un primo gruppo di azioni che sono quelle che l'Unione sta intraprendendo e che corrispondono ad alcune delle proposte⁷³. Un secondo gruppo riguarda le raccomandazioni che possono essere realizzate sulla base di disposizioni contenute negli attuali trattati, o addirittura nell'ambito della legislazione in vigore che potrebbe essere emendata per rafforzare disposizioni in vigore nella direzione suggerita dalla COFE. Il Consiglio richiama la circostanza che diverse proposte rientrano nell'ambito delle competenze concorrenti e di sostegno e pertanto spetta alle istituzioni dell'Unione decidere se attivarsi secondo i principi di proporzionalità e sussidiarietà nella prima

⁷¹ Il Consiglio ricorda che un evento di feedback per i cittadini è programmato per il 2 dicembre 2022.

⁷² [Conference on the Future of Europe - Proposals and related specific measures contained in the report on the final outcome of the Conference on the Future of Europe: Preliminary technical assessment](#), doc. 10033/22, 10 June 2022.

⁷³ L'*addendum* contiene due tabelle per ogni proposta: «To what extent are the EU Institutions already working on the measures addressed in the proposal (What is being done)?» How could the proposal/measure be implemented, if at all (assessment of feasibility)?». In quest'ultima si indica se sono necessari emendamenti ai trattati.

ipotesi, e se integrare e sostenere le azioni degli Stati nella seconda. Il terzo gruppo concerne le misure che possono essere realizzate attivando le clausole passerella del trattato⁷⁴ o ricorrendo alla cooperazione rafforzata. In realtà queste ipotesi non sembrano poter fornire una risposta convincente alle proposte della COFE, considerando che le prime non sono mai state attivate dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona e che la seconda ha avuto un'applicazione molto limitata. Infine, nell'ultimo gruppo, il Consiglio individua un numero ristretto di proposte che richiederebbero una revisione dei trattati. Alcune di esse comporterebbero modifiche incidenti sugli equilibri di potere nell'Unione, basti pensare, a titolo esemplificativo, all'elezione diretta del presidente della Commissione da parte dei cittadini, al riconoscimento al Parlamento europeo o ai parlamenti nazionali del diritto di iniziativa legislativa, al trasferimento all'alto rappresentante per la PESC di competenze nel settore della rappresentanza esterna dell'Unione, attualmente attribuite alla Commissione (art. 17, par. 1 TUE) o al presidente del Consiglio europeo (art. 15, par. 6 TUE), il riconoscimento al Parlamento europeo della competenza ad adottare da solo il bilancio dell'UE e/o a decidere in merito alle risorse proprie. Nello specifico, per quanto riguarda la partecipazione dei cittadini, il Consiglio si limita ad affermare che eventuali perfezionamenti dei meccanismi esistenti e lo sviluppo di ulteriori strumenti di partecipazione dovranno essere attentamente valutati e decisi in linea con l'*acquis* dell'UE. Si afferma la disponibilità a verificare la creazione di un sito dedicato, secondo la raccomandazione della COFE sopra richiamata.

3.3. Il Parlamento europeo.

Il Parlamento europeo ha adottato due risoluzioni al termine della COFE. La prima è la risoluzione del 4 maggio 2022 sul seguito da dare alla Conferenza sul futuro dell'Europa⁷⁵. La seconda è la risoluzione del 9 giugno 2022 sulla richiesta di convocare una convenzione per la revisione dei trattati⁷⁶.

⁷⁴ Si tratta della passerella prevista dall'art. 48, par. 7 TUE. Per altre specifiche clausole passerella si vedano l'art. 31, parr. 3-4 TUE e gli artt. 81, par. 3; 153, par. 2, comma 4; 192, par. 2, comma 2; 312, par. 2, comma 2 e 333 TFUE. In altri casi riguardanti il voto in Consiglio e Consiglio europeo non è previsto un meccanismo di questo genere e il passaggio al voto a maggioranza richiederebbe un emendamento del trattato.

⁷⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sul seguito da dare alla Conferenza sul futuro dell'Europa, 4 maggio 2022, 2022/2648(RSP), [P9_TA\(2022\)0141](#).

⁷⁶ Risoluzione del Parlamento europeo sulla richiesta di convocare una Convenzione per la revisione dei Trattati, 9 giugno 2022, 2022/2705(RSP), [P9_TA\(2022\)0244](#). Le proposte riguardano la riforma delle procedure di voto in Consiglio; la modifica delle competenze dell'UE, in particolare nei settori della salute e delle minacce sanitarie transfrontaliere, nel completamento dell'unione energetica; nella difesa e nelle politiche sociali ed economiche; l'attuazione del Pilastro europeo dei diritti sociali; modifiche volte a rendere l'economia dell'UE più resiliente, con particolare attenzione alle piccole e medie imprese e ai controlli di competitività, e promuovere investimenti incentrati sulla transizione giusta, verde e digitale; riconoscimento al Parlamento di iniziativa legislativa e il riconoscimento della co-legislazione nel bilancio UE; il rafforzamento della procedura di tutela dei valori fondanti dell'Unione il chiarimento delle conseguenze delle violazioni dell'art. 7 TUE.

Nella prima che richiama gli aspetti più significativi della Conferenza, si afferma, per quanto qui più interessa, che, al di là delle singole proposte legislative, occorre avviare «una stagione di riforme istituzionali mirate ad attuare le raccomandazioni e concretare le aspettative del processo di partecipazione dei cittadini». La risoluzione evidenzia il ruolo del processo democratico sia partecipativo che rappresentativo (valorizzazione del ruolo dei cittadini ma anche dei rapporti tra Parlamento europeo e parlamenti nazionali) confermando l'impostazione del trattato ma proponendo un rafforzamento del ruolo del Parlamento che si verificherebbe con il già ricordato riconoscimento di un autonomo potere di iniziativa legislativa o con la previsione di liste transazionali per le elezioni europee.

Il Parlamento si era già espresso⁷⁷, a Conferenza in corso, a favore di nuovi meccanismi permanenti di partecipazione dei cittadini evidenziandone due aspetti che ci sembrano promettenti nell'ottica di un rafforzamento della partecipazione. Il primo è la possibilità di prevedere finalità diverse a questi processi, che spaziano dal condizionamento delle priorità politiche o legislative annuali, all'elaborazione di proposte specifiche, all'adozione di decisioni in merito alla destinazione di determinate risorse pubbliche. Il secondo aspetto è quello più volte ricordato della chiara definizione degli esiti della partecipazione, che comprende anche una definizione dei limiti entro i quali essa può essere utilizzata, auspicando quindi procedure di *follow-up* adeguate e trasparenti.

La reazione più significativa del Parlamento consiste senza dubbio nella preannunciata richiesta di avviare il processo di modifica dei trattati. Nello specifico, il Parlamento propone un rafforzamento delle competenze dell'Unione in materia di salute, energia, politiche sociali e delle PMI; l'introduzione della maggioranza qualificata per l'adozione di sanzioni (art. 29 TUE) e una modifica della clausola passerella *ex* art. 48, par. 7, comma 4 con la previsione della maggioranza qualificata ai sensi dell'art. 238, par. 3, lett. b⁷⁸, il riconoscimento allo stesso Parlamento di un diritto di iniziativa legislativa. Sul metodo, il Parlamento auspica che alla convenzione siano invitati come osservatori rappresentanti delle parti sociali, del CESE, del Comitato delle regioni, della società civile e dei paesi candidati. I rappresentanti dei cittadini non potrebbero non partecipare a pieno titolo ad una futura eventuale convenzione, e dovrebbero sicuramente fare parte degli attori da consultare⁷⁹.

⁷⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, Dialoghi dei cittadini e partecipazione dei cittadini al processo decisionale dell'Unione europea, 7 luglio 2021, 2020/2201(INI), [P9_TA\(2021\)0345](#).

ai membri del Consiglio affari generali di pronunciarsi sulla richiesta ma la decisione è stata postposta al momento in cui la Commissione per gli affari costituzionali del PE presenterà le specifiche richieste di modifica dei Trattati. Si è anche sostenuto che nel caso in cui il Consiglio non rispondesse alla richiesta del Parlamento potrebbe essere attivata la procedura in carenza. Si veda quanto riportato da [Euractiv](#).

⁷⁹ Un'idea simile è già stata esplorata in dottrina. Cfr. D. CURTIN, *Private Interest Representation or Civil Society Deliberation? A Contemporary Dilemma for European Union Governance*, in *Social and*

3.4. La Commissione europea.

La Commissione ha adottato il 17 giugno 2022 una comunicazione⁸⁰ in cui ha svolto una prima valutazione per identificare le azioni necessarie per dare seguito concreto alle proposte della Conferenza. Essa ha indicato le tappe da seguire, per «integrare la democrazia partecipativa nel processo politico»⁸¹, articolando la sua risposta secondo il metodo seguente. Nella comunicazione ha raggruppato le quarantanove raccomandazioni della COFE (senza «reinterpretazioni o selezioni»⁸²) secondo le nove aree tematiche indicate nella Piattaforma e per ciascuna di esse ha individuato⁸³ quattro categorie⁸⁴. La prima categoria si riferisce alle iniziative già avviate dalla Commissione che coincidono con le proposte della COFE⁸⁵. La seconda categoria comprende le misure in attesa della decisione dei co-legislatori e sulle quali il Consiglio e/o il Parlamento sono invitati a deliberare⁸⁶. La terza categoria riguarda gli ambiti d'azione in cui la Commissione intende presentare delle proposte⁸⁷. La quarta include i settori per i quali l'istituzione valuterà l'opportunità di intervenire⁸⁸. Il 14 settembre 2022 la presidente della Commissione ha inviato una lettera di intenti alla presidente del Parlamento europeo Metsola, e al primo ministro ceco Fiala, che detiene la presidenza semestrale (dal primo luglio al 31 dicembre 2022), presentando una serie di proposte per l'anno a venire che scaturiscono dalle conclusioni della Conferenza. Questo approccio è anche seguito nel programma annuale di lavoro presentato dalla Commissione il 18 ottobre 2022 in cui sono individuate quarantatré iniziative direttamente o indirettamente collegate alle proposte emerse dalla COFE.

legal Studies, 2002, pp. 55-75, in cui l'A. proponeva la costituzione di un forum, composto da rappresentanti della società civile di tutta Europa, a cui attribuire un ruolo formale all'interno del processo di revisione del trattato.

⁸⁰ COM (2022) 404 final, cit.

⁸¹ *Ibidem*, p. 2.

⁸² *Ibidem*, p. 4.

⁸³ *Ibidem*, [allegato](#) alla comunicazione.

⁸⁴ Questo significa, come d'altra parte specificato nella comunicazione, che la Commissione si avvarrà del suo potere di iniziativa nei settori beninteso di sua competenza e procederà all'analisi d'impatto delle misure proposte. In alcuni casi dovrà intervenire con azioni non legislative.

⁸⁵ Prendendo ad esempio per le quattro categorie l'area tematica 7 (Democrazia europea) queste comprendono diverse tipologie di atti. Ad esempio, si indicano: piano d'azione per la democrazia europea; rete degli uffici *Europe Direct*.

⁸⁶ Si indicano tra queste la revisione del regolamento sul finanziamento dei partiti politici europei.

⁸⁷ Si tratta, ad esempio, della relazione sulla cittadinanza 2023 e di una proposta per sviluppare ulteriormente il portale «Dì la tua» per farne un polo online ancora più facilmente accessibile che raccolga tutte le informazioni sui meccanismi di coinvolgimento dei cittadini gestiti dalla Commissione.

⁸⁸ Si tratta dell'elaborazione di una Carta europea per la partecipazione dei cittadini destinata a tutti coloro che partecipano ad attività di coinvolgimento dei cittadini o le organizzano, promuovendo i principi generali essenziali per il successo di tale coinvolgimento.

Per quanto riguarda, più nello specifico, gli strumenti di partecipazione, la Commissione ha riconosciuto il contributo innovativo della COFE e ha ribadito⁸⁹ l'intenzione di «dare ai panel di cittadini la facoltà di deliberare e formulare raccomandazioni prima di alcune proposte chiave, nell'ambito della generale definizione delle politiche e in linea con i principi per legiferare meglio». La Commissione immagina l'istituzione di Panel paneuropei per tematiche ampie o di Panel più piccoli che si dovrebbero occupare di questioni più delimitate. Queste Assemblee dei cittadini sarebbero composte secondo i criteri di rappresentatività che sono stabiliti nei processi deliberativi⁹⁰. La Commissione prevede di integrare il meccanismo dei Panel nel programma «legiferare meglio»⁹¹: una «relazione dei cittadini» sarebbe integrata nella valutazione d'impatto prevista da quel programma. Non si tratterebbe, quindi, di riconoscere un potere di *agenda setting* ai Panel ma di coinvolgerli nel processo di consultazione su iniziative già avviate dalla Commissione. In altri termini, i Panel si aggiungerebbero agli altri meccanismi di consultazione già previsti nel «legiferare meglio». Da queste prime indicazioni si ricava l'impressione che la Commissione intenda valorizzare il contributo dei cittadini ma inquadrandolo entro schemi già sperimentati che non incidono sul suo potere formale d'iniziativa. Questa posizione minimalista sembra confermata dalla risposta relativa alla creazione di una piattaforma multilingue. Secondo quanto emerge dalla Comunicazione, il portale «Dì la tua» sarebbe trasformato in uno sportello unico per la partecipazione *online* dei cittadini e riunirebbe tutte le informazioni sui meccanismi di partecipazione previsti nell'Unione. In questa Piattaforma sarebbero anche integrate le funzionalità principali della Piattaforma digitale multilingue. Tuttavia, l'interazione dei cittadini (scambi, commenti, organizzazione di eventi) nella Piattaforma della COFE svolgeva anche una funzione propedeutica allo svolgimento della discussione nei Panel e in Plenaria, mentre nello sportello unico non sarebbe istituito un sistema di raccordo con il processo decisionale. È vero che una Piattaforma per i cittadini può contribuire alla creazione di uno spazio pubblico europeo, e che la risposta della Commissione risponde alle indicazioni della COFE, ma una piattaforma così concepita,

⁸⁹ Si veda quanto affermato dalla presidente nel [discorso di chiusura della COFE](#) del 9 maggio 2022 riguardo al ruolo futuro dei Panel: «[y]ou have proven that this form of democracy works. And I believe, we should give it more room, it should become part of the way we make policy. This is why I will propose that, in the future, we give Citizens' Panels the time and resources to make recommendations before we present key legislative proposals». Nel discorso sullo Stato dell'Unione del 14 settembre 2022, [SPEECH/22/5493](#), la presidente ha definito i Panel di cittadini come la futura «costante della nostra vita democratica».

⁹⁰ Cfr. OECD, *Innovazione nella partecipazione*, cit.

⁹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori, [COM\(2021\) 219 final](#) del 29 aprile 2021. Un'analisi della comunicazione si può leggere in M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova Comunicazione della Commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, pp. 1051-1064, reperibile [online](#).

senza una connessione strutturata con le istituzioni, e senza meccanismi di feedback rischia di non essere un polo attrattivo.

Infine, sulla questione delle modifiche ai trattati, la Commissione ha adottato una posizione molto equilibrata. In estrema sintesi, essa non esclude la possibilità che possa essere avviato un processo di modifica dei trattati ma prima di arrivare a tale soluzione ritiene che debbano essere sfruttate tutte le possibilità, anche interpretative, offerte dal diritto primario⁹².

4. Osservazioni conclusive.

La COFE – nonostante sia stata un insieme di eventi che non hanno raggiunto il grande pubblico – dal punto di vista del processo di partecipazione e deliberativo è stata sicuramente un evento da non sottovalutare. I Panel europei dei cittadini sono stati il primo esperimento di democrazia deliberativa transnazionale. La Piattaforma digitale multilingue, anch'essa unica nel suo genere, ha visto l'applicazione delle nuove tecnologie che hanno permesso la partecipazione più ampia possibile di cittadini, enti, istituzioni. L'elaborazione delle idee presentate nella Piattaforma è stata possibile grazie all'applicazione dell'intelligenza artificiale. Inoltre, la COFE ha costituito un quadro strutturato, in cui le diverse componenti hanno interagito e in cui i rappresentanti dei cittadini europei sono stati chiamati a rapportarsi con quelli delle istituzioni.

La domanda se si può considerare che la COFE abbia realizzato l'obiettivo per cui è stata creata, ovvero definire l'Europa che i cittadini vogliono e accrescere la legittimità dell'Unione, non può, al momento, ricevere una risposta definitiva. Un giudizio sull'apporto della COFE dipende da due fattori.

Il primo riguarda le conseguenze della Conferenza. Essa si è chiusa il 9 maggio 2022, ma il processo non è terminato in quanto esso comprende un ulteriore passaggio che richiede che le istituzioni diano conto se, ed eventualmente come, daranno seguito alle proposte della COFE (processo di *follow-up*). Non si sottolineerà mai a sufficienza l'importanza di questa fase, senza la quale il processo deliberativo risulta imperfetto. In assenza di risposte delle istituzioni la COFE si trasformerebbe da strumento volto a rafforzare la legittimità dell'Unione in fonte di comprensibile delusione dei cittadini europei, in quanto si dimostrerebbe l'irrilevanza del loro contributo. Questo non vuol dire che tutte le raccomandazioni della COFE saranno prese in considerazione, ma è cruciale che le istituzioni europee, e in primo luogo la Commissione, specifichino la loro posizione soprattutto sulle proposte che presentano importanti profili di novità. Per quanto attiene alla modifica del trattato, la questione è aperta, anche se la chiara opposizione di un

⁹² Nel sopra citato discorso alla chiusura della COFE la presidente ha richiamato la possibilità di modificare i trattati «se necessario».

numero significativo di Stati membri, espressa dopo la Conferenza, sembrerebbe indicare che tale ipotesi sia per il momento di difficile realizzazione.

Il secondo fattore di valutazione del successo della COFE, che pure si collega al primo, attiene alla possibilità che i meccanismi sperimentati nella Conferenza, e in particolare la Piattaforma multilingue e i Panel, siano incardinati nel processo decisionale europeo. Si tratterebbe evidentemente di adattarli al sistema decisionale dell'Unione e soprattutto di trovare soluzioni equilibrate per rendere il processo più solido sotto il profilo della democrazia partecipativa, evitando allo stesso tempo che il processo decisionale si appesantisca e si allunghi ulteriormente. Le proposte della Commissione sul futuro ruolo dei Panel e della Piattaforma sembrano sposare, ad oggi, una visione piuttosto riduttiva di questi meccanismi di partecipazione.

In sintesi, la COFE evidenzia in tutta la sua problematicità la questione del rapporto tra strumenti di democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa, o, ancora meglio, la difficile interazione tra strumenti di consultazione e partecipazione e processo decisionale dell'Unione.

ABSTRACT: La Conferenza sul futuro dell'Europa è stata definita «un esercizio paneuropeo senza precedenti di democrazia deliberativa» che mostra il potenziale per la creazione di uno spazio pubblico nell'UE. La Conferenza è stata concepita, anche con l'obiettivo di rafforzare la legittimità dell'Unione, come un processo dal basso in cui si è applicato un metodo di tipo deliberativo per coinvolgere i cittadini europei chiamati a definire le priorità dell'Unione europea nel prossimo futuro. Nella prima parte questo elaborato esamina criticamente gli strumenti e le modalità che hanno assicurato la partecipazione dei cittadini in tre delle componenti della Conferenza: la Piattaforma multilingue, i Panel dei cittadini e la Plenaria. La seconda parte di questo lavoro si sofferma sulle prime reazioni del Consiglio europeo, del Consiglio, del Parlamento e della Commissione alle proposte della Conferenza e sulla possibilità di includere nei processi decisionali nell'Unione alcuni meccanismi di partecipazione sperimentati nella Conferenza.

PAROLE CHIAVE: Conferenza sul futuro dell'Europa; legittimità; processo deliberativo; democrazia.

The Conference on the future of Europe: initial assessments of participation instruments, the deliberative process, and follow-up

ABSTRACT: *The Conference on the future of Europe has been defined «an unprecedented pan-European exercise in deliberative democracy» showing the potential for the creation of a public space in the EU. The Conference has been conceived, also in order to reinforce the legitimacy of the European Union, as a bottom-up process applying a deliberative approach to involve European citizens who have been called to define the EU priorities in the near future. This article will first analyze the instruments and methods of citizens' participation in three of the components of the Conference: the Multilingual Digital Platform, the European Citizens' Panels and the Conference Plenary. The second part of this paper will focus on the follow-up of the Conference assessing the reactions of the European Council, the Council, the Parliament, and the Commission to the proposals of the Conference and the possible application in the EU of the participatory tools tested in the Conference.*

KEYWORDS: *Conference on the future of Europe; legitimacy; deliberative process; democracy.*

Diritto d'asilo e sottrazione internazionale di minori nei casi di violenza domestica

Federica Persano*

SOMMARIO: 1. Introduzione: protezione internazionale e diritto all'unità familiare. – 2. Protezione internazionale, tutela del superiore interesse del minore e diritto alla genitorialità. – 3. Protezione internazionale delle vittime di violenza domestica e richieste di rimpatrio di minori illecitamente sottratti. – 4. *Segue:* il contesto internazionale. – 5. *Segue:* il contesto europeo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione: protezione internazionale e diritto all'unità familiare.

Dopo una riflessione sulla rilevanza del diritto all'unità familiare degli stranieri richiedenti protezione internazionale, il presente contributo analizza i casi in cui su un minore vittima di violenza domestica siano contemporaneamente pendenti una richiesta di asilo da parte di un genitore – di solito la madre – ed una richiesta di rimpatrio da parte dell'altro genitore – di solito il padre –, proponendo un'analisi dei pertinenti strumenti di diritto internazionale ed europeo e della loro interazione al fine di proteggere gli interessi dei soggetti di volta in volta coinvolti nei procedimenti¹.

Punto di partenza è la considerazione per cui gli Stati nell'esercizio del potere sovrano di regolare l'ingresso, la residenza nel territorio e l'espulsione degli stranieri sono tenuti a rispettare i diritti umani, sia in virtù degli impegni assunti attraverso la

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bergamo.

¹ In merito allo specifico profilo dell'intersezione fra gli strumenti normativi in tema di immigrazione e gli strumenti normativi in tema di sottrazione internazionale di minori cfr. P. BRUNO, *Protezione internazionale e sottrazione di minori a confronto: la CGUE sui rapporti tra i regolamenti Dublino III e Bruxelles II-bis*, in *Il Familiarista*, 18 ottobre 2021; V. BUMBACA, *CJEU Rules on the interplay between Brussels IIA and Dublin III*, 14 December 2021, in *EAPIL blog*, reperibile [online](#); ID., *Commentaire de l'arrêt: Tribunal fédéral, IIe Cour de droit civil Arrêt du 23 mai 2018 en la cause de C. contre A., B.* – 5A_121/2018, in *La pratique du droit de la famille*, 2019, pp. 282-317, reperibile [online](#); K. TRIMMINGS, O. MOMOH, *Intersection between Domestic Violence and International Parental Child Abduction: Protection of Abducting Mothers in Return Proceedings*, in *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2021, pp.1-19; M. HAYMAN, *Domestic Violence and International Child Abduction at the Border of Canadian Family and Refugee Law*, in *Journal of Law and Social Policy*, 2018, pp. 114-132; L. BAY LARSEN, *The Case of Child Abduction – Some General Remarks in the Light of the Jurisprudence of the CJEU (the Brussels II Bis Regulation)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 452-456; C. NORRIS, *Immigration and Abduction: the Relevance of U.S. Immigration Status to Defenses Under the Hague Convention on International Child Abduction*, in *California Law Review*, 2010, pp. 159-196; S.C. RUMSEY, *The Case for Considering a Child's Opinion in Determining Habitual Residence in Hague Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction Cases*, in *Law School Student Scholarship*, Law School Student Scholarship, Seton Hall Law, 5 January 2014, reperibile [online](#); W. VAN ROSSUM, *The clash of legal cultures over the 'best interests of the child' principle in cases of international parental child abduction*, in *Utrecht Law Review*, 2010, pp. 33-55, reperibile [online](#).

conclusione di accordi internazionali (tra i quali, *in primis*, la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950² e la convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951³), sia in virtù del diritto internazionale consuetudinario contemporaneo; e ciò soprattutto allorché si renda necessario tutelare gli interessi di soggetti particolarmente vulnerabili, quali in particolare i fanciulli e le loro madri⁴.

In proposito, come noto, con specifico riferimento all'ordinamento giuridico italiano la Corte costituzionale ha sviluppato un consolidato orientamento giurisprudenziale volto ad enunciare il principio generale del diritto all'unità familiare dei richiedenti asilo, specie in presenza di figli minori: nell'ambito dei rapporti interpersonali ogni decisione che colpisce uno dei soggetti della relazione finisce per ripercuotersi anche sull'altro, per cui il caso del distacco dal nucleo familiare implica una valutazione che non può essere «rimessa in forma generalizzata e automatica a

² Cfr. la [convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali](#) del 4 novembre 1950 (STE no. 005).

³ Cfr. la [convenzione di Ginevra](#) sullo status dei rifugiati del 28 luglio 1951.

⁴ In tema di immigrazione e tutela dei diritti umani fondamentali in dottrina cfr., in particolare, F. PERSANO, *La protezione internazionale nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, pp. 1472-1501; S. AMADEO, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019; M.C. BARUFFI, *Il migrante e il diritto di asilo nel tempo e nello spazio*, in *Papers di diritto europeo*, 2019, pp. 15-22; L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019; F. PESCE, *Circolazione delle persone e politica di immigrazione [dir. Ue]*, in *Diritto online Treccani. Approfondimenti enciclopedici*, 2019, reperibile [online](#); ID., *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, pp. 5-48; G. CAGGIANO, *Scritti di diritto europeo dell'immigrazione*, Torino, 2015; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 701-747; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 1-28; M. CASTELLANETA, *Espulsione amministrativa degli immigrati irregolari: automatismi ridotti nell'adeguamento alle regole Ue. Attuazione incompleta per la direttiva rimpatri*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 39, pp. 103-105; A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 669-696; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani: l'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009; F. SEATZU, *Il ricongiungimento familiare nel diritto dell'Unione europea*, in P. DE CESARI (a cura di), *Persona e famiglia*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (dir.), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione europea*, vol. II, Torino, 2008, pp. 109-162; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006; A. LIGUORI, *L'integrazione comunitaria e il diritto all'unità familiare dei cittadini di Paesi terzi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2002, pp. 135-182; EAD., *L'immigrazione e l'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2000, pp. 429-452; E. CANNIZZARO, *L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, pp. 440-443; S. ANGIOI, *Cittadino, straniero e immigrato: evoluzione del concetto e del rapporto di cittadinanza tra norme internazionali e diritto interno*, in *La Comunità Internazionale*, 2000, pp. 183-221; B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, pp. 423-433; G. BISCOTTINI, voce *Rifugiati*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, pp. 895 ss.; A. CASSESE, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in C. MORTATI, A. BARBERA, A.S. AGRÒ, U. ROMAGNOLI, G.F. MANCINI, G. BERTI, A. PIZZORUSSO, F. FINOCCHIARO, F. MERUSI, A. CASSESE, *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, pp. 536 ss.

presunzioni assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali»⁵, dovendosi invece effettuare un circostanziato esame della situazione dello straniero che presenta domanda di protezione internazionale.

Sul punto è intervenuta anche la Corte di Cassazione⁶, chiarendo a sua volta che nell'analizzare le domande di asilo senza dubbio alcuno assumono rilevanza centrale l'esistenza e la consistenza dei rapporti interpersonali in Italia e la necessità di operare un bilanciamento tra il pericolo di danno alla vita familiare del richiedente e l'interesse statale al controllo dell'immigrazione, soprattutto qualora sussistano «situazioni di particolare o eccezionale vulnerabilità»⁷. E proprio da qui deriva la possibilità di applicare, in sede di esame delle domande di protezione internazionale, il principio c.d. della «comparazione attenuata», in virtù del quale tanto più intensa è la vulnerabilità dello straniero accertata in giudizio, tanto più è consentito al giudice di analizzare con rigore minore il *secundum comparationis*, ossia la sua situazione oggettiva e soggettiva nel Paese di origine.

Orbene, in virtù del ragionamento sotteso al principio da ultimo indicato la Corte di Cassazione ha osservato che di fatto si tratta di definire l'ambito entro il quale la condizione del migrante merita tutela nello Stato del foro, assumendo connotazioni del tutto peculiari quando questi si sia completamente inserito nel tessuto sociale del Paese ospitante fino a divenirne parte integrante. Di modo che «si rende necessario valutare se l'allontanamento dal Paese di accoglienza e, quindi, lo “sradicamento” da una condizione di vita stabile e di completa integrazione sotto ogni profilo possano configurarsi come eventi concorrenti ad integrare la fattispecie di vulnerabilità perché di per sé produttivi della privazione di diritti umani fondamentali»⁸.

In altri termini, nella peculiare fattispecie in cui debba stabilirsi la vulnerabilità in relazione al «radicamento» dello straniero nel territorio del foro l'indagine finalizzata a verificare se e in quale misura il rimpatrio determinerebbe la violazione di diritti umani va realizzata verificando se nella fattispecie la lesione dei suoi diritti potrebbe essere causata dal fatto stesso dell'allontanamento dallo Stato italiano. E tra gli indici da considerare per svolgere siffatta disamina, come sottolineato, sono espressamente individuati proprio la natura e l'effettività dei vincoli familiari, l'effettivo inserimento sociale in Italia, la durata del soggiorno sul suolo nazionale, nonché l'esistenza o meno di legami significativi con il paese d'origine.

La giurisprudenza italiana individua così chiaramente i fattori di comparazione, in un'ottica di bilanciamento tra le «ragioni di sicurezza nazionale ovvero di ordine e sicurezza pubblica», da un lato, e le condizioni soggettive ed oggettive dello straniero in

⁵ Si veda Corte costituzionale, [sentenza del 3 luglio 2013, n. 202](#).

⁶ Così è affermato da Corte di Cassazione, [ordinanza dell'11 dicembre 2020, n. 28316](#).

⁷ In proposito si veda Corte di Cassazione, [ordinanza del 28 ottobre 2020, n. 23720](#).

⁸ Cfr. Corte di Cassazione, [ordinanza del 28 ottobre 2020, cit.](#)

dettaglio declinate, dall'altro, valorizzando tra i dati ostativi al rimpatrio la «solidità» dei legami con il nostro paese e l'affievolimento di quelli con lo Stato di origine⁹.

2. Protezione internazionale, tutela del superiore interesse del minore e diritto alla genitorialità.

Come sottolineato, in base alla durata, stabilità e consistenza qualitativa della condizione di permanenza in Italia, il rimpatrio può configurarsi come evento idoneo di per sé a provocare la lesione dei diritti umani che connotano il «radicamento» dello straniero nel paese di accoglienza e dei quali questi risulterebbe privato nel paese di origine. E proprio nella descritta prospettiva di protezione del diritto all'unità familiare è orientata anche la giurisprudenza concernente il rinnovo all'autorizzazione della permanenza nello Stato del foro del genitore di un minore extraeuropeo chi si trovi in territorio italiano *ex art. 31, comma 3, del testo unico sull'immigrazione*¹⁰.

Il giudice di legittimità, nel ricordare che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia della madre o del padre ai sensi della disciplina richiamata viene concessa in presenza di gravi motivi connessi allo sviluppo psico-fisico del fanciullo, rinvia sul punto alla sentenza delle sezioni unite n. 21799 del 25 ottobre 2010, secondo cui il riferimento ai «gravi motivi» non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute, «potendo comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed obiettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico, deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto»¹¹.

Al giudice del merito si richiede pertanto di svolgere una valutazione prognostica che gli consenta di comprendere se l'allontanamento del genitore possa determinare nel minore, in relazione alla sua condizione di vita, un grave disagio dovuto al rimpatrio o, nell'ipotesi in cui al rigetto della domanda debba conseguire anche l'allontanamento del bambino, se il definitivo sradicamento dall'*habitat* sociale, relazionale, culturale e linguistico nel quale vive possa produrre le conseguenze pregiudizievoli previste dall'art.

⁹ L'evoluzione normativa cui si è appena fatto riferimento, volta a tenere conto della solidità dei legami, personali e familiari, si pone in linea con principi costantemente affermati, nelle tematiche di cui trattasi, dalla Corte costituzionale, sulla premessa che l'art. 8 CEDU, come applicato dalla Corte di Strasburgo, costituisce parametro interposto di costituzionalità fra la norma impugnata e l'art. 117, comma 1, Cost. Sul punto oltre alla pronuncia della Corte costituzionale del 3 luglio 2013, n. 202, cit. si vedano le sentenze della Corte costituzionale del [2 luglio 2012, n. 172](#); [20 luglio 2011, n. 245](#); del [22 ottobre 2010, n. 299](#); [7 maggio 2008, n. 148](#); [17 maggio 2006, n. 206](#); [23 giugno 2005 n. 78](#).

¹⁰ In proposito cfr. [decreto legislativo 25 luglio 1988, n. 286](#), Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

¹¹ Cfr. Cassazione civile (Sezioni Unite), [ordinanza del 25 ottobre 2010, n. 21799](#).

31, comma 3, del testo unico sull'immigrazione, tenuto conto delle sue condizioni di salute e dell'età¹².

Ecco quindi che, come sottolineato, la tutela dei diritti umani – con il sostegno dell'art. 8 CEDU, volto ad assicurare il rispetto della vita privata e familiare – promuove l'evoluzione della norma, elastica, sulla protezione del superiore interesse del minore a clausola generale di sistema, trasversalmente applicabile in tutte le materie, compresa quella dell'immigrazione¹³; il che implica la necessaria protezione, all'interno del nucleo ineludibile dei diritti dell'individuo, a prescindere dalla nazionalità, dell'interesse alla stabilità ed al normale svolgimento dei rapporti esistenti all'interno della famiglia nucleare o, in altre parole, dell'aspettativa dei membri di quest'ultima a «vivere insieme».

Lo Stato in presenza di un genitore e di un figlio minore di età deve tendenzialmente assicurare la stabilità della relazione, in modo da garantire l'integrazione del fanciullo nella sua famiglia se non già al momento della nascita, non appena ciò sia possibile.

Emblematica al riguardo è l'ordinanza n. 21799 del 2020¹⁴, con cui la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso del Ministero dell'Interno, confermando la conclusione del giudice di merito secondo cui l'appellante in caso di rimpatrio avrebbe potuto subire le conseguenze negative dello sradicamento dal Paese nel quale si era stabilmente inserito ed aveva instaurato proficue relazioni sociali ed affettive, tanto da giungere a generare un figlio con una donna italiana alla quale era peraltro stabilmente legato¹⁵.

Nella motivazione la Corte ha osservato che occorre riconoscere la correttezza della sentenza impugnata laddove ha valorizzato, in funzione della concessione al richiedente del permesso umanitario, la condizione psicologica di vulnerabilità in cui questi si sarebbe venuto a trovare in ipotesi di rimpatrio, a causa del «forzato distacco dalla famiglia che si era creato in Italia»¹⁶. E «tale notazione, vieppiù suffragata dal rilievo assegnato, nella decisione al vaglio, all'imminente nascita di un figlio del richiedente, generato con la compagna italiana, evoca, peraltro, implicitamente, la necessità di assicurare il diritto alla genitorialità dello straniero, quale diritto soggettivo primario, costituzionalmente garantito dall'art. 30 della Costituzione»¹⁷. Ciò in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti

¹² Tutto ciò fermo restando che l'autorizzazione prevista dall'art. 31, comma 3, t.u. imm. non esclude le possibilità di un rinnovo tenuto conto del prioritario interesse del minore, non assumendo alcun rilievo il fatto che l'autorizzazione alla permanenza in Italia sia stata già richiesta e, dunque, rischi di venire meno il requisito della temporaneità, dal momento che «non è uno dei requisiti e delle condizioni di riconoscimento del diritto, ma indica esclusivamente una caratteristica legata alla durata del permesso».

¹³ A queste conclusioni giunge Cassazione civile, [ordinanza del 29 marzo 2021, n. 8173](#).

¹⁴ Si tratta di Corte di Cassazione, [ordinanza del 25 settembre 2020, n. 20291](#).

¹⁵ L'uomo svolgeva inoltre in questo Stato una attività lavorativa in maniera continuativa, che gli garantiva l'autosostentamento, considerata, oltretutto, la situazione di instabilità e di insicurezza dello Stato di provenienza.

¹⁶ In proposito cfr. Corte costituzionale, sentenza del 3 luglio 2013, n. 202, cit.

¹⁷ In proposito cfr. Corte costituzionale, sentenza del 3 luglio 2013, n. 202, cit.

umani con riferimento all'art. 8 CEDU e recepita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁸.

La concreta valorizzazione dei legami e delle relazioni è ritenuta dalla giurisprudenza di legittimità un elemento preminente rispetto ad altri aspetti quali la durata del soggiorno e l'integrazione sociale nel territorio del richiedente asilo, considerati invero soltanto quali elementi «suppletivi»: per cui, sulla scorta delle pronunce esaminate, in materia di immigrazione si impone ai giudici di merito una motivazione «aderente alle emergenze istruttorie ed al di sopra della sufficienza costituzionale sia sotto il profilo logico che contenutistico e, cioè, ispirata alla piena adesione ai principi costituzionali e sovranazionali in materia di tutela della genitorialità e, correlativamente, del diritto del minore a non perdere con il genitore non convivente quella relazione affettiva che, pur resa difficile dalla lontananza, contiene potenzialità che si evolvono durante il percorso di crescita e che l'ordinamento, anche sovranazionale, tutela»¹⁹.

Nella medesima prospettiva è stato poi ribadito che la condizione di donna in gravidanza deve necessariamente riflettersi sulla valutazione individuale dello stato di vulnerabilità della richiedente protezione internazionale²⁰; del resto, è la stessa legislazione italiana in materia a riconoscere espressamente la neo-madre come bisognosa di tutele specifiche, facendo insorgere un divieto assoluto di respingimento che si estende ai sei mesi successivi al parto²¹.

Ciò naturalmente in linea con il citato principio, di carattere generale, su cui vi è un ampio consenso sia nella giurisprudenza interna che nella giurisprudenza internazionale, in base al quale tutte le decisioni riguardanti i minori debbono essere adottate nel loro superiore interesse²²: e non sussiste alcun dubbio che garantire al bambino un'evoluzione in un ambiente sano rientri in siffatto interesse, dovendosi fare tutto il possibile per mantenere i rapporti interpersonali e al momento opportuno, «ricostituire» la famiglia²³.

¹⁸ Così Cassazione civile, [sentenza del 19 giugno 2020, n. 11955](#). In questa sede assume dunque una rilevanza centrale la tutela universalmente riconosciuta dei legami familiari, ed *in primis* di quelli genitoriali, imponendosi al giudice di merito, al fine di riconoscere o negare l'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art. 13, comma 2-bis, t.u. imm., cit., di dare conto: *i*) di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di queste relazioni, quali un eventuale rapporto di coniugio, o la durata del matrimonio, la nascita di figli e la loro età, la convivenza, la dipendenza economica dei figli maggiorenni e così via; e *ii*) delle difficoltà, conseguenti all'espulsione, dalle quali possa derivare la definitiva compromissione della relazione affettiva. Ciò tenuto conto che, come in precedenza sottolineato, la distanza fra il paese di origine del ricorrente ed il luogo di residenza del minore rappresenta un elemento che ricadrebbe pesantemente sulla possibilità di mantenere in vita il rapporto fra il padre o la madre e il figlio.

¹⁹ Così Cassazione civile, sentenza del 19 giugno 2020, n. 11955, cit.

²⁰ In proposito cfr. Cassazione civile, [ordinanza 27 maggio 2021, n. 14844](#).

²¹ A questo specifico riguardo il riferimento normativo è l'art. 19, comma 2, lett. *d*, t.u. imm., cit.

²² Sul punto si vedano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera) del 10 settembre 2019, [ricorso n. 37283/13](#), *Strand Lobben e altri c. Norvegia*, par. 207, e del 6 luglio 2010, [ricorso n. 41615/07](#), *Neulinger e Shuruk c. Svizzera*, par. 135.

²³ L'art. 8 CEDU non consente di autorizzare un genitore ad adottare misure pregiudizievoli per la salute e lo sviluppo del figlio: in proposito si vedano, tra le altre, le sentenze della Corte europea dei diritti

Solo circostanze del tutto eccezionali possono portare alla rottura del vincolo fra genitori e figli; e proprio di questi profili tratteremo nel prosieguo.

3. Protezione internazionale delle vittime di violenza domestica e richieste di rimpatrio di minori illecitamente sottratti.

Come sottolineato nel paragrafo precedente, il principio del superiore interesse del minore di regola impone di mantenere i legami del minore con la famiglia: spezzare la relazione con i genitori equivarrebbe a privare il figlio delle sue radici ed è pertanto consentito solo in casi eccezionali, allorché uno di loro oppure entrambi si siano rivelati particolarmente indegni nel ricoprire il proprio «ruolo».

In proposito, la Corte europea per la salvaguardia dei diritti umani ha innanzi tutto chiarito che, in applicazione degli artt. 3 e 8 CEDU, gli Stati sono tenuti a proteggere l'integrità fisica e morale dei fanciulli attraverso l'adozione di meccanismi efficaci e di misure ragionevoli per prevenire e per contrastare i maltrattamenti di cui le autorità nazionali competenti hanno o avrebbe dovuto avere conoscenza²⁴.

In queste situazioni il loro margine di discrezionalità varia a seconda della natura delle questioni controverse e dell'importanza degli interessi in gioco²⁵: quali, da un lato, l'obiettivo di riunire la famiglia se e non appena le circostanze lo permetteranno e, dall'altro lato, l'importanza di tutelare un minore in una situazione che si ritiene minacci gravemente la sua salute o il suo sviluppo²⁶, in particolare allorché sia necessario contrastare atti di violenza domestica da parte di un genitore nei confronti del figlio e/o nei confronti dell'altro genitore.

La particolare vulnerabilità del minore e la necessità di tutelarlo di solito implicano la concorrente posizione di vulnerabilità delle madri, a loro volta vittime dei padri violenti; ma anche i maltrattamenti diretti esclusivamente verso il genitore possono essere, seppure indirettamente, gravemente dannosi per i figli che vi sono esposti e/o che vi hanno assistito, i quali necessitano che la salute psicologica e la forza di chi si prende cura di loro siano preservate.

Orbene, nella prospettiva descritta, a fronte di richieste d'asilo da parte di vittime di violenza domestica la giurisprudenza italiana ha avuto modo di precisare che in virtù

dell'uomo (Grande Camera), *Neulinger e Shuruk*, cit., par. 136; del 13 luglio 2000, [ricorso n. 25735/94](#), *Elsholz c. Germania*, par. 50; dell'8 aprile 2021, [ricorso n. 8153/04](#), *Maršálek c. Repubblica ceca*, par. 71.

²⁴ Sulla violenza domestica, tra le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. sentenze del 30 novembre 2010, [ricorso n. 2660/03](#), *Hajduová c. Slovacchia*, par. 49; 24 settembre 2012, [ricorso n. 26692/05](#), *C.A.S. e C.S. c. Romania*, par. 82; 7 luglio 2020, [ricorso n. 10395/19](#), *Michnea c. Romania*; e, infine, la recentissima sentenza del 10 novembre 2022, [ricorso n. 25426/20](#), *I.M e altri c. Italia*.

²⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 ottobre 2018, [ricorso n. 23608/16](#), *Petrov e X c. Russia*, par. 98-102.

²⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 10 gennaio 2019, [ricorso n. 18925/15](#), *Wunderlich c. Germania*, par. 47.

della convenzione di Ginevra le azioni specificamente dirette contro un genere sessuale o contro l'infanzia e i comportamenti che scaturiscono nella coercizione fisica o psichica sono senza dubbio alcuni atti di persecuzione²⁷.

Anche se per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato sono necessari elementi ulteriori, poiché i maltrattamenti per integrare una persecuzione devono essere così rilevanti, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani e tali da originare il fondato timore di persecuzione personale e diretta nel paese d'origine del richiedente asilo, a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale ovvero per le opinioni politiche professate.

Di modo che, quando non sussistano i presupposti per ottenere lo *status* di rifugiato ai sensi della convenzione di Ginevra, nei casi di violenza domestica è possibile ottenere il riconoscimento della protezione cd. sussidiaria ai sensi degli artt. 3 e 60 della convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011²⁸, nell'ottica di tutelare lo straniero dai trattamenti inumani o degradanti cui sarebbe altrimenti esposto nello Stato di origine in caso di espulsione.

Precisato ciò, il quadro si complica ulteriormente allorché, in pendenza di una richiesta di asilo presentata da un genitore, presso le competenti autorità del foro sia inoltrata una domanda di rimpatrio presentata dall'altro genitore per essere il figlio minore stato illecitamente sottratto dal suo paese di residenza abituale.

In questi casi, come verrà meglio illustrato nel prosieguo, gli strumenti di diritto internazionale privato volti a contrastare la sottrazione internazionale dei minori, e dunque la convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980²⁹ e, sul fronte europeo, il regolamento Bruxelles II *bis*³⁰ ed il regolamento Bruxelles II *ter*³¹, si basano sul presupposto che, nel superiore interesse del fanciullo, sia opportuno ordinarne il rimpatrio, poiché le questioni relative alla responsabilità genitoriale di regola dovrebbero essere risolte nello Stato di residenza abituale del bambino prima dell'illegittimo trasferimento e/o del mancato ritorno³².

²⁷ In proposito cfr., in particolare, Cassazione civile, [sentenze del 17 maggio 2017, n. 12333](#) e [22 gennaio 2020, n. 1343](#).

²⁸ Cfr. [convenzione Convezione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica](#).

²⁹ Si veda [convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori](#) (*amplius, infra*, par. 4).

³⁰ [Regolamento \(CE\) n. 2201/2003](#) del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

³¹ [Regolamento \(UE\) n. 2019/1111](#) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), che si applica alle azioni alle azioni proposte il o posteriormente al 1° agosto 2022 (*amplius, infra*, par. 5).

³² In dottrina, in tema di protezione internazionale dei minori, cfr. in particolare, M.C. BARUFFI, *La sottrazione internazionale di minori: un fenomeno ancora troppo frequente*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 472-482; EAD., *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in)compiuta dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale*, in *Freedom, Security & Justice: European*

4. Segue: il contesto internazionale.

Come noto, la convenzione dell'Aja del 1980, all'art. 12, stabilisce che quando un fanciullo è stato illecitamente allontanato o trattenuto e alla data di avvio del procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria o amministrativa dello Stato contraente in cui si trova il minore è trascorso un periodo inferiore a un anno dalla data dell'allontanamento o del trattenimento illeciti, l'autorità interessata ne ordina immediatamente il ritorno. Ciò a meno che ricorra una delle eccezioni di cui all'art. 13, par. 1, che sono giustificate soltanto in circostanze estreme, tra le quali rientra l'ipotesi di cui alla lett. *b* della disposizione da ultimo richiamata, particolarmente rilevante nei casi di trasferimenti avvenuti per sottrarsi a situazioni di violenza domestica, in cui sussista il grave rischio che il rientro esporrà il bambino a danni fisici o psicologici o lo collocherà altrimenti in una situazione intollerabile.

L'eccezione di cui all'art 13, par. 1, lett. *b*, viene infatti spesso sollevata dalle madri richiedenti asilo che si oppongono al ritorno del minore nel paese di residenza abituale,

Legal Studies, 2017, pp. 2-25, reperibile [online](#); D. DANIELI, *I diritti dei minori nei casi di sottrazione internazionale: esigenze di tutela dei diritti fondamentali nel nuovo regolamento Bruxelles II-ter*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020, pp. 643-660, reperibile [online](#); L. LEO, "The best interest of the child" e sottrazione di minori all'estero. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 102/2020, in *federalismi.it*, 2020, n. 25, pp. 182-202, reperibile [online](#); F. MAOLI, G. SCIACCALUGA, S. LEMBRECHTS, T. VAN HOF, L. CARPANETO, T. KRUGER, W. VANDENHOLE, *Understanding the Best Interests of the Child in EU Child Abduction Proceedings: Perspectives from the Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pp. 337-363; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 1169-1178; A. ZANOBETTI, *Un nuovo atto di diritto internazionale privato in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione minori: il regolamento UE 2019/1111*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, reperibile [online](#); L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, pp. 944-977; EAD., *Reciproca fiducia e sottrazione internazionale di minori nello spazio giudiziario europeo*, *ivi*, 2011, pp. 361-376; R. GELLI, *La sottrazione internazionale del minore tra libertà di circolazione delle persone e tutela del fanciullo*, in *Famiglia e diritto*, 2018, pp. 460-464; F. TOMMASEO, *La Cassazione sul rientro dei minori in caso di sottrazione internazionale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, pp. 8-14; N. SABBETTI, *La tutela del rispetto della vita familiare nei casi di ricongiungimento familiare e la responsabilità delle autorità statali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015, pp. 1868-1882; M.A. LUPOI, *La sottrazione internazionale di minori: gli aspetti processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 111-134; C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 5-42; L. MARI, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (a proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2013, pp. 99-117, reperibile [online](#); R. MOLÈ, *Il regolamento CE n. 2201/2003 (Bruxelles II bis): i criteri di riparto della giurisdizione e la disciplina della sottrazione internazionale dei minori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, I, pp. 366-375; S. DE SANTI, *Sottrazione internazionale di minori e rischio per la loro incolumità*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, pp. 515-520; A. SALZANO, *Sui rapporti intercorrenti (e sulle reciproche implicazioni) tra il c.d. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore, effettiva tutela*, in *Il Diritto di famiglia e delle persone*, 2012, I, pp. 83-110.

sulla base del rischio che i figli siano «vittime dirette» dei maltrattamenti del padre, ovvero «vittime indirette» se esposti agli effetti delle aggressioni dei mariti contro di loro.

Emblematico riguardo alla complessità delle situazioni in esame è un caso deciso dal Tribunale federale svizzero in data 23 maggio 2018³³, concernente una donna di origini iraniane che nel 2011 ha lasciato il suo paese d'origine trasferendosi in Grecia, dove ha conosciuto l'uomo che sarebbe diventato il suo futuro marito, con cui si è sposata il 3 aprile 2014 presso l'ambasciata afghana a Sofia, in Bulgaria.

Nel 2015 la coppia è tornata in Grecia, dove è nato un figlio comune; sei mesi dopo la nascita del bambino i coniugi si sono recati in Finlandia, ivi presentando domanda di asilo, che è stata però respinta.

Essi si sono quindi recati in Svezia per una settimana, in visita alla famiglia di lui, e poi in Norvegia. Qui il padre ha affidato la moglie e il figlio ad amici ed è ripartito per la Svezia il giorno stesso.

Il 26 agosto 2016 la madre ha preso con sé il figlio per recarsi in Svizzera, dove ha presentato una domanda di protezione internazionale, per sfuggire agli atti di violenza domestica del marito.

Con istanza del 5 luglio 2017 l'uomo ha a sua volta chiesto alle autorità di adottare un provvedimento volto ad ordinare l'immediato ritorno del bambino in Grecia ai sensi della convenzione dell'Aja del 1980.

La domanda di rimpatrio è stata accolta; ciò nonostante la pendenza in Svizzera della domanda di protezione internazionale presentata dalla madre e nonostante il fatto che il minore vivesse in questo Stato con la donna da ormai quasi un anno e, da ultimo, nonostante la difficoltà di individuare lo Stato di residenza abituale del minore prima dell'illecito trasferimento, poiché il piccolo era rimasto in Grecia solo sei mesi e la richiesta di asilo presentata in Finlandia dai genitori non era stata accolta.

Nella motivazione della propria pronuncia la Corte svizzera ha in particolare osservato che, in ragione della sua formulazione e struttura, l'art. 13, par. 1, lett. *b*, della convenzione dell'Aja è una disposizione di applicazione limitata: le parole «danni fisici o psicologici» in essa contenute non sono di per sé chiaramente definite, assumendo un significato preciso solo in virtù del terzo capo dell'articolo, in cui è stata inserita l'espressione «o altrimenti (...) posto in una situazione intollerabile».

Orbene, ad avviso del giudice adito, in primo luogo, la parola «intollerabile» indica un forte grado di intensità del disagio cui il minore è sottoposto e applicata nel contesto dell'art. 13, par. 1, lett. *b*, indica una condizione psico-fisica cui un bambino, neppure in queste particolari circostanze, dovrebbe essere sottoposto: e dunque in questi casi il rimpatrio nel Paese di residenza abituale non può essere ordinato.

³³ È il caso [ATF 5A 121/2018](#).

In secondo luogo, sempre secondo la Corte, occorre tenere conto che il criterio dell'intollerabilità del ritorno nel paese d'origine riguarda il minore, non invece il genitore: ciò significa che il rimpatrio può portare, a seconda delle circostanze, a una separazione tra il fanciullo e la madre o il padre, separazione che di per sé non costituisce ancora un motivo per rifiutare il rientro, a meno che si tratti di neonati o di bambini comunque molto piccoli (di solito entro i due anni di età), perché in questi casi la separazione risulta per definizione intollerabile *ex art. 13, par. 1, lett. b*. Ma allora in questi casi, ad avviso della giurisprudenza svizzera, in realtà è il genitore da cui il fanciullo non dovrebbe essere separato che crea una situazione insostenibile per il figlio, se rifiuta di accompagnarlo nel paese di residenza abituale.

Ragione per cui nell'ambito di un procedimento di sottrazione internazionale il rifiuto della madre o del padre non può essere utilizzato come eccezione al rimpatrio; altrimenti il genitore sottraente potrebbe decidere liberamente sull'esito del procedimento di rimpatrio.

In virtù del diritto svizzero il ritorno del minore di regola può essere negato soltanto se il genitore; *i*) rischia di essere detenuto in Svizzera, oppure; *ii*) se ha stabilito relazioni familiari significative nel Paese, ad esempio a seguito di un nuovo matrimonio. Solo in queste situazioni eccezionali, il genitore sottraente non può essere ragionevolmente obbligato a recarsi nel paese di ultima residenza del minore per attendere una decisione definitiva sulla responsabilità genitoriale.

Sulla scorta del ragionamento illustrato, la Corte nella causa in esame è giunta alla conclusione secondo cui in caso di ritorno in Grecia il minore non avrebbe corso un serio rischio ai sensi dell'art. 13, par. 1, lett. *b*, della convenzione dell'Aja del 1980 ed ha pertanto accolto la richiesta di rimpatrio presentata dal padre del minore.

Ad una conclusione diametralmente opposta è giunta la *Supreme Court* britannica nella sentenza pronunciata in data 19 marzo 2021 in merito alla causa *G v G*³⁴, in cui essa ha negato il rimpatrio di un bambina di otto anni nata in Sudafrica, disponendo la sospensione del relativo procedimento fino a quando le autorità del Regno Unito non avessero adottato una decisione in merito alla domanda di protezione internazionale presentata dalla madre in Inghilterra, motivata in ragione sia degli atti di violenza domestica da parte del marito di cui adduceva essere stata vittima insieme alla figlia, sia del timore di subire persecuzioni nel Paese d'origine da parte dei propri familiari in ragione del suo orientamento sessuale – dal momento che la donna si era nel frattempo resa conto di essere lesbica.

Analogamente alla controversia sottoposta alle Corti svizzere, anche la causa in esame è incentrata sulla possibilità o meno di opporre al rientro del minore l'eccezione di cui all'art. 13, par. 1, lett. *b*, della convenzione dell'Aja del 1980.

³⁴ Si tratta del caso [G v G \[2021\] UKSC 9](#).

Sul punto la *Supreme Court* ha precisato che sebbene la disposizione da ultimo richiamata sia incentrata sui rischi che corre il minore in prima persona, è assodato che la sua situazione possa essere direttamente o indirettamente influenzata da quella del genitore che si occupa di lui, circostanza che può essere determinante per valutare se sussista il grave rischio di cui all'art. 13, par. 1, lett. *b*.

In proposito, i giudici inglesi sottolineano che non si dovrebbe imporre ad un genitore di tornare nel paese da cui è fuggito in ragione dei maltrattamenti e degli abusi subiti se si ritiene che l'ordine di rimpatrio avrà un effetto gravemente dannoso sui figli.

Del resto, oggigiorno si è consapevoli degli effetti negativi della violenza domestica, non solo sulle vittime immediate ma anche sui bambini che ne sono testimoni; ed in questa prospettiva i giudici sono tenuti ad applicare, oltre all'eccezione di cui di cui all'art. 13, par. 1, lett. *b*, anche l'art. 20 della convenzione dell'Aja, ai sensi del quale il ritorno del minore può essere rifiutato se risulti in contrasto con i principi ed i valori relativi alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali dello Stato richiesto, tra cui il diritto al rispetto della vita familiare del fanciullo.

In questo quadro, la Corte britannica nel rigettare la richiesta di rimpatrio ha ritenuto determinante la circostanza per cui probabilmente in caso di ritorno nel Paese di residenza abituale la madre avrebbe sofferto di ansie tali da creare danni alla propria salute mentale, generando così una situazione di stress ed un malessere intollerabili per il bambino.

Conclusione che trova peraltro riscontro nella *Guide to Good Practice on Article 13(1)(b)*, pubblicata nel marzo 2020 dal *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja, il cui par. 33 rileva come l'eccezione di cui all'art. 13, par. 2, lett. *b*, della convenzione dell'Aja del 1980 consenta di negare il ritorno del minore anche nel caso in cui questi non sia la vittima diretta o principale di un danno fisico; naturalmente a condizione che vi siano prove sufficienti che dal rischio di danno diretto eventualmente subito dal genitore potrà derivare un grave rischio anche per il figlio³⁵.

³⁵ Sempre per quanto riguarda l'art. 13, par. 2, della convenzione dell'Aja la Corte osserva poi che «l'autorità giudiziaria o amministrativa può rifiutare di ordinare il ritorno del minore se ritiene che il minore si opponga al rimpatrio e abbia raggiunto un'età e un grado di maturità idonei a tener conto delle sue opinioni». Questa disposizione, concernente l'ascolto del minore, è coerente con il principio del superiore interesse del minore e, come noto, è sancita anche dall'art. 12 della [convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza](#) (UNCRC) del 20 novembre 1989, nonché, a livello europeo, la sua importanza specifica nella determinazione dei procedimenti ai sensi della convenzione dell'Aja del 1980, cit., è riconosciuta dall'art. 11, par. 2, del regolamento (CE) n. 2201/2003 cit., che prevede: «quando si applicano gli articoli 12 e 13 della Convenzione dell'Aja del 1980, cit., si deve garantire che il minore abbia la possibilità di essere ascoltato durante il procedimento, a meno che ciò non appaia inappropriato in considerazione della sua età o del suo grado di maturità». Come noto, in ambito europeo è poi entrato in vigore il regolamento c.d. Bruxelles II *ter*, cit., che si applica a partire dal 1° agosto 2022 anche agli atti pubblici e agli accordi redatti o registrati in tale data o dopo la stessa. E la più importante novità contenuta nel nuovo regolamento consiste proprio nella rilevanza centrale attribuita al diritto del minore di esprimere la propria opinione in modo effettivo e concreto (cfr. considerando 39). Di modo che, ai sensi dell'art. 21, i minori in grado di discernimento hanno la possibilità di essere ascoltati in tutti i procedimenti che li riguardano, sia in materia di responsabilità genitoriale sia nei casi di sottrazione internazionale. Non solo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, nella propria decisione la *Supreme Court* ha pertanto disposto che l'esame della richiesta di rimpatrio della bambina dovesse essere sospeso in attesa di una decisione definitiva sulla domanda di protezione internazionale presentata dalla madre. Ciò in conformità al principio del «non respingimento» sancito dall'art. 33 della convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati³⁶ (ai sensi del quale «nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»), disposizione che è stata ritenuta applicabile anche nella causa in esame, in cui era pendente una richiesta d'asilo per la quale non era ancora stata adottata una decisione definitiva³⁷.

5. Segue: il contesto europeo.

Recentemente anche la Corte di giustizia UE si è pronunciata in via pregiudiziale in merito ad una controversia che vedeva opposti due cittadini di un paese terzo (l'Iran), genitori di un bambino di venti mesi, in relazione ad una domanda di ritorno (in Svezia) del minore presentata dal padre in Finlandia in pendenza di una domanda di protezione internazionale presentata dalla madre presso le competenti autorità del medesimo Stato³⁸.

In proposito, occorre in primo luogo sottolineare che la vicenda coinvolge due Stati membri: *i*) la Finlandia, paese in cui i genitori del minore hanno risieduto dal 2016 al 2018 e *ii*) la Svezia, dove essi hanno vissuto a partire dal 2019 e dove il 5 settembre dello stesso anno è nato un figlio comune, il cui diritto di affidamento all'epoca era detenuto in maniera condivisa da entrambi.

In secondo luogo, è opportuno illustrare sin d'ora che la madre era titolare di due titoli di soggiorno per motivi familiari (poiché il padre a sua volta ne disponeva nella sua qualità di lavoratore dipendente): uno in Finlandia per un periodo di quattro anni a decorrere dal 28 dicembre 2017 e uno in Svezia per il periodo compreso tra l'11 marzo 2019 e il 16 settembre 2020. E in un caso come questo, di regola, in applicazione dell'art. 12, par. 3, del regolamento Dublino III³⁹ la competenza per l'esame della domanda di

La mancata concessione al minore della possibilità di essere ascoltato può costituire motivo per il rifiuto di riconoscimento di una decisione in materia di responsabilità genitoriale, se non dipenda da motivi di urgenza ovvero nei casi in cui il provvedimento abbia unicamente ad oggetto i beni del minore (art. 39, n. 2).

³⁶ Cit.

³⁷ In proposito cfr. sentenza *G v G*, cit., punto 92.

³⁸ Si tratta di Corte di giustizia, sentenza del 2 agosto 2021, [causa C-262/21 PPU](#), A c. B, ECLI:EU:C:2021:640.

³⁹ Al riguardo, cfr. [regolamento \(UE\) n. 604/2013](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (c.d. Dublino III), il cui art. 12, par. 3, recita: «se il richiedente è titolare

protezione internazionale spetta alla Finlandia, per il motivo che la scadenza del titolo di soggiorno rilasciato alla madre nel proprio territorio (27 dicembre 2021) è più lontana di quella del titolo di soggiorno rilasciato dal Regno di Svezia (16 settembre 2020).

In terzo luogo, rileva la circostanza per cui, poco dopo la nascita del figlio, in data 11 novembre 2019, le autorità svedesi hanno collocato la madre e il minore in una casa di accoglienza a seguito degli atti di violenza domestica perpetrati dal padre a danno della donna in presenza del bambino.

La decisione è poi stata confermata con sentenza del 17 gennaio 2020, sulla base del rischio concreto per lo sviluppo e la salute del piccolo, nonché del pericolo che questi fosse portato dal padre nel proprio Paese di origine senza il consenso della madre.

Invocando i maltrattamenti subiti unitamente al rischio, in caso di ritorno in Iran, di essere vittima di ulteriori violenze fondate per così dire sull'«onore» da parte della famiglia di lui, il 7 agosto 2020 la donna ha presentato presso le competenti autorità svedesi una domanda di protezione internazionale per sé e per il figlio.

La sua richiesta è stata tuttavia dichiarata irricevibile con decisione del 27 ottobre dello stesso anno in quanto, come sopra precisato, in applicazione del citato art. 12, par. 3, del regolamento Dublino III, la competenza per l'esame della domanda spettava alla Finlandia.

In applicazione dell'art. 29 del regolamento da ultimo citato è stato perciò adottato un ordine di trasferimento della madre e del minore in quest'ultimo Stato, cui la donna ha effettivamente dato seguito il 24 novembre successivo, con conseguente revoca da parte delle autorità svedesi della decisione di presa in carico e di collocamento del figlio minore.

In data 21 dicembre 2020 il padre ha presentato dinanzi allo *Hovioikeus* (Corte d'appello) di Helsinki una domanda intesa a ottenere il rimpatrio immediato del bambino in Svezia, sostenendo che il fanciullo fosse stato trasferito dalla madre in Finlandia senza il suo consenso.

La domanda è stata respinta in data 25 febbraio 2021 e successivamente impugnata di fronte alla Corte suprema.

In sede di esame del ricorso in questione il giudice adito ha deciso di sospendere il procedimento e di domandare alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi in via pregiudiziale in merito a due questioni concernenti l'interpretazione dell'art. 2, punto 11, del regolamento Bruxelles II *bis*, al fine di precisare: *i*) se rientra nella nozione

di più titoli di soggiorno o visti in corso di validità, rilasciati da vari Stati membri, lo Stato membro competente per l'esame della domanda di protezione internazionale è, nell'ordine: a) lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno che conferisce il diritto di soggiorno più lungo o, se la validità temporale è identica, lo Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno la cui scadenza è più lontana; b) lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana, quando i visti sono di analoga natura; c) quando si tratta di visti di natura diversa, lo Stato membro che ha rilasciato il visto di validità più lunga o, in caso di validità identica, lo Stato membro che ha rilasciato il visto la cui scadenza è più lontana».

di trasferimento illecito di un minore la situazione in cui uno dei genitori in esecuzione di una decisione adottata da uno Stato membro in attuazione del regolamento Dublino III conduca, senza il consenso dell'altro genitore, il figlio in un altro Stato membro e; ii) se così non è, e dunque se il trasferimento non è illecito, se sia invece illecito il mancato rientro del minore, a partire dal momento in cui l'ordine di trasferimento è stato annullato senza peraltro che le autorità del primo Stato membro (nella fattispecie la Svezia) abbiano deciso di riprendere in carico le persone trasferite o di autorizzarne il soggiorno.

In proposito, la Corte ha innanzi tutto sottolineato che la circostanza per cui un genitore titolare del diritto di affidamento si trasferisca con il figlio in un altro Stato membro equivale ad un comportamento illecito soltanto se: *i*) il minore aveva effettivamente la propria «residenza abituale» nel paese membro da cui è stato allontanato immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro e; *ii*) vi è stata la violazione del diritto di affidamento attribuito in virtù della normativa del Paese membro in cui egli aveva la residenza abituale prima dell'illecito trasferimento.

Sul primo punto, l'avvocato generale Pikamäe nelle sue conclusioni⁴⁰ ha osservato che, in virtù di una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, nel caso di un minore in tenera età la valutazione dell'integrazione del bambino in un determinato ambiente sociale e familiare non può prescindere dalle circostanze che caratterizzano il soggiorno delle persone che si prendono cura di lui. E sotto codesto specifico profilo dagli elementi forniti alla Corte emergono le seguenti informazioni: *i*) il minore non ha praticamente più avuto alcun contatto con il padre e vive invece con la madre e; *ii*) fatti salvi elementi complementari eventualmente in possesso del giudice del rinvio, è praticamente certo che prima del trasferimento la residenza abituale del minore fosse in Svezia.

Per contro, sotto il profilo della qualificazione del «mancato ritorno», non sembra che il minore abbia mantenuto la propria residenza abituale in Svezia⁴¹.

In proposito, occorre infatti sottolineare che: *i*) il trasferimento del minore in Finlandia è avvenuto in esecuzione di una decisione adottata dalle autorità svedesi nel contesto di un procedimento di protezione internazionale, ai sensi del regolamento Dublino III; *ii*) in seguito al trasferimento, il bambino vive con la madre in questo Paese e non ha più il diritto né di entrare né tanto meno di soggiornare in Svezia.

Elementi del genere, attestanti il radicamento del minore in Finlandia, possono essere utilmente presi in considerazione in sede di fissazione della residenza abituale del medesimo e risultano determinanti per ravvisare un'assenza di trattenimento illecito.

Circostanza peraltro confermata dall'esame del profilo concernente la sussistenza della violazione del diritto di affidamento condiviso attribuito dalla legislazione svedese ai genitori prima dell'illecito trasferimento del minore.

⁴⁰ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe presentate il 14 luglio 2021 nella [causa C-262/21 PPU](#), A c. B, EU:C:2021:592, punto 38.

⁴¹ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, causa C-262/21 PPU, cit., punto 41.

In proposito, come noto, l'art. 2, punto 11, lett. *b*, del regolamento Bruxelles II *bis*, dispone che il trasferimento o il mancato ritorno rivestono carattere illecito solo se il diritto di affidamento era «effettivamente esercitato, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o lo sarebbe stato se non fossero sopravvenuti tali eventi».

Orbene, anche se la giurisprudenza della Corte di giustizia non ha ancora avuto l'occasione di precisare esplicitamente il significato del criterio relativo all'esercizio effettivo del diritto di affidamento sul minore, ad avviso dell'avvocato generale il criterio da ultimo richiamato è soddisfatto nei casi in cui un genitore si occupi della cura del minore e intrattenga rapporti regolari con il medesimo anche se, concretamente ma per ragioni legittime, essi non abitino insieme⁴².

Situazione che non sembra peraltro sussistere nella causa in esame, dal momento che due mesi dopo la sua nascita il minore è stato oggetto di una decisione di presa in carico e di collocamento, insieme alla madre, in un centro di accoglienza a causa del comportamento violento del padre e che in seguito, secondo le autorità svedesi, egli ha intrattenuto soltanto rapporti sporadici con il figlio.

Da ultimo, perché vi sia violazione del diritto di affidamento occorre che sussista il requisito del ricorso alle vie di fatto imputabile alla madre del minore: in altri termini, l'esistenza di un comportamento illecito del genitore non dipende dalla sola constatazione meramente sostanziale, oggettiva, che il minore è stato trasferito o trattenuto al di fuori del luogo della sua residenza abituale senza il consenso del genitore titolare o del co-titolare del diritto di affidamento, essendo invece necessario che la violazione abbia origine dal ricorso alle vie di fatto imputabili al genitore responsabile del trasferimento o del trattenimento del minore e destinata a procurargli un vantaggio pratico o giuridico a scapito dell'altro genitore, in violazione dell'interesse superiore del minore.

Circostanza che ad avviso della Corte di giustizia non si verifica nella causa in esame, in cui l'allontanamento del minore insieme alla madre ha avuto luogo in attuazione di un ordine di trasferimento verso lo Stato membro competente per l'esame delle domande di protezione internazionale, adottato dalle autorità svedesi ai sensi del regolamento Dublino III⁴³.

Si tratta di un provvedimento avente carattere obbligatorio, di cui il trasferimento del minore è una mera conseguenza giuridica; e ciò indipendentemente dal successivo annullamento della decisione di trasferimento, tanto più che il minore e sua madre non sono né stati oggetto di una decisione di ripresa in carico da parte delle autorità svedesi, né sono stati autorizzati a tornare a soggiornare in Svezia⁴⁴.

⁴² Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, causa C-262/21 PPU, cit., punto 47.

⁴³ Ciò in conformità all'art. 20 del regolamento Dublino III, cit.

⁴⁴ In proposito si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, causa C-262/21 PPU, cit., punto 51.

Inoltre, come osservato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni, da nessun elemento fattuale risulta che madre abbia abusato della procedura di domanda di asilo per aggirare le norme in materia di competenza giurisdizionale previste dal regolamento Bruxelles II *bis*⁴⁵.

Anche la scelta di non informare il padre del minore in merito alla domanda di protezione internazionale depositata presso le autorità svedesi e del suo seguito non costituisce, di per sé, prova di un'intenzione fraudolenta, considerato che il comportamento della donna si inserisce in un contesto di timori connessi alle violenze coniugali subite in passato⁴⁶.

6. Considerazioni conclusive.

Nei paragrafi precedenti sono emerse la complessità e al tempo stesso la necessità di una applicazione congiunta e coordinata fra gli strumenti di diritto internazionale e gli strumenti di diritto dell'Unione europea europei volti a regolare il fenomeno dell'immigrazione e quelli volti a contrastare il fenomeno della sottrazione internazionale di minori.

In proposito, particolarmente rilevante è la controversia che ha originato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE poc'anzi esaminata (su cui cfr. *supra*, par. 5), in cui la madre si è allontanata insieme al figlio dalla Svezia e ha presentato richiesta di protezione internazionale per sé e per il minore di fronte alle autorità finlandesi.

Orbene, come sottolineato, nel caso sottoposto ai giudici di Lussemburgo è indubbio che la residenza abituale del minore prima del trasferimento fosse in Svezia: ciò, peraltro, in linea con la costante giurisprudenza della Corte, secondo cui un minore non può avere la residenza abituale in uno Stato membro in cui non è mai stato fisicamente presente. E nella prospettiva descritta, alcuni autori si sono domandati se sarebbe stato opportuno, da un punto di vista procedurale, «concentrare» la trattazione delle questioni in Svezia, nell'ottica di garantire la celerità del procedimento e al tempo stesso ridurre i costi correlati ai procedimenti relativi all'esame delle domande dei richiedenti asilo.

Occorre tuttavia considerare che, come chiarito dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia pregiudiziale, il successivo trattenimento del minore in Finlandia non è illecito, essendo il frutto della concreta attuazione di un provvedimento di carattere amministrativo adottato dalle competenti autorità svedesi. Di modo che, a fronte della pendenza del procedimento in materia di protezione internazionale in Finlandia, le autorità svedesi avrebbero forse potuto decidere di trasferire alle autorità di quest'ultimo Paese anche la competenza ad affrontare i profili concernenti la sottrazione internazionale

⁴⁵ Sul punto v. conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, causa C-262/21 PPU, cit., punto 40.

⁴⁶ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, causa C-262/21 PPU, cit., punto 58.

del minore *ex art. 15* del regolamento Bruxelles II *bis*, in quanto autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso⁴⁷.

Difatti in queste situazioni, concernenti un minore che sia riguardato al tempo stesso da una domanda di asilo e da una domanda di rimpatrio, entrambe pendenti, la concentrazione dei relativi procedimenti in un unico Stato membro consente di assicurare il rispetto del principio del superiore interesse del minore attraverso una applicazione coerente e coordinata del regolamento Bruxelles II *bis* e del regolamento Dublino III. E la necessità di un coordinamento sia fra strumenti normativi, sia fra autorità competenti si avverte in maniera ancora più intensa in un caso, come quello sottoposto alla Corte di Giustizia Ue, in cui le decisioni relative al trasferimento di un minore da un Paese ad un altro dipendano non già dall'autonoma volontà di un genitore, ma da un provvedimento amministrativo adottato nell'ambito di un procedimento di protezione internazionale, che dunque viene ad avere un impatto dirimente anche sulla richiesta di rimpatrio.

Alla luce della particolarità della controversia di volta in volta esaminata e in virtù dell'applicazione delle, e dell'intersezione fra, le discipline di conseguenza applicabili, le corti, nazionali o internazionali, adite sono pertanto chiamate ad elaborare soluzioni normative efficaci, accomunate dal fatto che il «collante» per affrontare le diverse questioni debba necessariamente essere il principio del superiore interesse del minore.

Compito che risulta ancora più complesso allorché all'origine del trasferimento del fanciullo e della richiesta di asilo vi sia un contesto di violenza domestica, soprattutto se il bambino sia una vittima «soltanto» indiretta dei maltrattamenti di un genitore nei confronti dell'altro.

Particolarmente interessante al riguardo è la sentenza *X c. Lettonia*⁴⁸, concernente l'adozione di un ordine di ritorno di una minore in Australia, in cui la Corte europea ha ravvisato la responsabilità del paese convenuto per violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare *ex art. 8* CEDU, per non avere le corti lettoni preso in considerazione l'asserzione sostenibile di «rischio grave» per la bambina a seguito del rimpatrio, sancita dal più volte citato art. 13, par. 1, lett. *b*, della convenzione dell'Aja del 1980.

Sul punto il giudice Pinto de Albuquerque, nella sua *concurring opinion*, ha osservato che seppure «the Hague Convention is basically a jurisdiction-selection treaty», essa non è «blind» di fronte alle questioni riguardanti il benessere del singolo minore di

⁴⁷ La disposizione recita: «in via eccezionale le autorità giurisdizionali di uno Stato membro competenti a conoscere del merito, qualora ritengano che l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con il quale il minore abbia un legame particolare sia più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica e ove ciò corrisponda all'interesse superiore del minore, possono: a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al par. 4 oppure; b) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del par. 5».

⁴⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), sentenza del 26 novembre 2013, [ricorso n. 27853/09](#), *X c. Lettonia*.

volta in volta coinvolto, imponendo sia una valutazione del suo superiore interesse ai sensi dell'art. 13, sia una valutazione del rispetto dei suoi diritti umani ai sensi dell'art. 20.

Del resto, sempre ad avviso del giudice, questa è l'unica interpretazione in linea con la convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, il cui elevato numero di ratifiche riflette il consenso internazionale sul principio della preminenza degli interessi del fanciullo in tutti i procedimenti che lo riguardano, nella convinzione che questi debba essere considerato come soggetto titolare di diritti umani e non semplicemente come oggetto di protezione.

Ecco quindi che, compatibilmente con le caratteristiche del procedimento, l'adozione di provvedimenti di rimpatrio nei casi di sottrazione internazionale di minori non può prescindere da una valutazione il più possibile dettagliata e approfondita della situazione del fanciullo, incluse le sue relazioni con la madre e con il padre⁴⁹; e non solo per il bene del bambino, ma anche per assicurare la tutela dei diritti dei genitori e, più in generale, il rispetto del principio del diritto all'unità familiare. E ciò è ancor più vero nei casi in cui, oltre ad una domanda di rimpatrio, sia pendente una domanda d'asilo per la quale non è ancora stata adottata una decisione definitiva, al fine di prevenire il rischio di respingimento del minore straniero verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero in pericolo, in violazione dell'art. 33 della convenzione di Ginevra.

Per assicurare l'effettivo rispetto dei diritti umani è dunque necessario che la convenzione dell'Aja ed il regolamento Bruxelles II *bis* siano applicati non solo in vista dell'obiettivo generale di prevenire la sottrazione internazionale di minori, ma anche tenendo conto delle concrete esigenze di ogni singolo fanciullo e della particolare condizione personale e familiare in cui esso si trova, come avviene nel caso di un minore straniero richiedente protezione internazionale: «justice for children, even summary and provisional justice, can only be done with a view to the entirety of the very tangible case at hand, that is to say, of the actual circumstances of each child involved»⁵⁰.

⁴⁹ In proposito il giudice Pinto de Albuquerque, nella sua *concurring opinion* alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *X c. Lettonia*, cit., ha ritenuto di precisare «that being said, the detailed examination of the child's situation clearly does not replace custody proceedings in the State from which the child was abducted, since the court in the host country is not supposed to proceed to an ex officio, free-standing evaluation of the overall merits of the case, based on the assessment of the situation of the child and his or her family and the present and future social and cultural environment. Only those issues directly related to the child's abduction raised by the return application may be addressed by the court in the host country, and then only in so far as they relate to the urgent and provisional decision on the child's immediate future».

⁵⁰ Sul punto cfr. la *concurring opinion* del giudice Pinto de Albuquerque alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *X c. Lettonia*, cit.

ABSTRACT: Dopo una riflessione sull'importanza del diritto all'unità familiare dei richiedenti protezione internazionale, il presente contributo analizza i casi in cui su un minore, vittima di violenza domestica, siano contemporaneamente pendenti una richiesta di asilo da parte di un genitore ed una richiesta di rimpatrio da parte dell'altro genitore, proponendo un'analisi dei rilevanti strumenti di diritto internazionale ed europeo e della loro interazione al fine di proteggere gli interessi dei soggetti di volta in volta coinvolti nei procedimenti.

PAROLE CHIAVE: violenza domestica; sottrazione internazionale di minori; protezione internazionale; superiore interesse del fanciullo; diritto alla vita familiare.

Asylum rights and international child abduction in domestic violence cases

ABSTRACT: After a focus on the relevance of the right to family unity of applicants for international protection, this paper analyses cases in which an asylum request by one parent and a request for repatriation by the other parent are simultaneously pending on a child who is a victim of domestic violence, proposing an analysis of the relevant instruments of international and European law and their interaction in order to protect the interests of the individuals involved in the proceedings from time to time.

KEYWORDS: domestic violence; international child abduction; international protection; best interest of the child; right to family life.

L'applicazione del regolamento UE sui documenti pubblici e i suoi possibili sviluppi futuri

Diletta Danieli* e Cinzia Peraro**

SOMMARIO: 1. Inquadramento introduttivo. – 2. L'ambito di applicazione. – 3. Il contenuto dei documenti pubblici. – 3.1. *Segue.* Il significato di alcune nozioni. – 3.2. *Segue.* I diritti elettorali. – 4. Le esclusioni dall'ambito di applicazione: i documenti pubblici rilasciati in paesi terzi. – 4.1. *Segue.* Gli effetti giuridici relativi al contenuto dei documenti pubblici. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento introduttivo.

A quasi quattro anni dalla sua applicazione, il regolamento (UE) 2016/1191 sui documenti pubblici¹ (in seguito, anche «regolamento») è uno strumento poco conosciuto, seppure la sua finalità vada collegata alla libertà fondamentale di circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione.

Il presente contributo si propone di sviluppare alcune riflessioni a partire dall'ambito di applicazione del regolamento e dai suoi rapporti con altri strumenti di diritto internazionale e dell'UE², per valutare il conseguimento degli obiettivi di questo atto e, in prospettiva futura, quale possa essere la portata applicativa della libertà di circolazione in ulteriori ambiti, diversi, ma connessi, rispetto a quelli già disciplinati.

* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona, cui sono da attribuirsi i paragrafi 4, 4.1 e 5.

** Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Bergamo, cui sono da attribuirsi i paragrafi 1, 2, 3, 3.1 e 3.2.

Il presente contributo è stato elaborato grazie all'attività di ricerca svolta nell'ambito del progetto europeo *Identities on the move – Documents cross borders – DxB* (JUST-JCOO-AG-2020-101007502) cofinanziato dalla Commissione europea e coordinato dall'Università degli Studi di Verona. Il contenuto di questa pubblicazione è di esclusiva responsabilità delle Autrici e non riflette la posizione della Commissione europea.

¹ [Regolamento \(UE\) 2016/1191](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012. Per un inquadramento, v. G. CARDACI, A. SCHUSTER, *La circolazione dei documenti pubblici nell'Unione europea. Manuale pratico sul regolamento (UE) 2016/1191*, Castel San Pietro Terme, aprile 2022, e di prossima pubblicazione, ad accesso aperto, sul [sito](#) del progetto europeo *Identities on the move – Documents cross borders – DxB*.

² Per ulteriori approfondimenti sul regolamento (UE) 2016/1191 e, più ampiamente, sulla tematica della circolazione dei documenti pubblici, si rinvia ai contributi di prossima pubblicazione in un numero monografico di [questa Rivista](#), che raccoglie gli atti del convegno finale del progetto europeo *Identities on the move – Documents cross borders – DxB*, tenutosi a Castel San Pietro Terme nei giorni 23-24 giugno 2022.

Il regolamento istituisce un sistema finalizzato a semplificare le formalità amministrative per la circolazione di alcuni documenti pubblici e delle relative copie autentiche, concernenti determinati fatti, e si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, compresa la Danimarca, dal 16 febbraio 2019³. In esso rientrano solo i documenti rilasciati da un'autorità di uno Stato membro ai fini della loro presentazione in un altro Stato membro, non quelli provenienti da paesi terzi⁴, e nemmeno le relative copie autentiche⁵. Ciò che rileva, quindi, ai fini dell'applicazione del regolamento è che l'autorità di rilascio del documento pubblico, destinato a circolare nell'Unione secondo il regime semplificato, appartenga ad un paese UE⁶.

Come anticipato, l'obiettivo è quello di promuovere la libertà di movimento delle persone all'interno dell'Unione, conformemente al principio della fiducia reciproca⁷. Il regolamento presenta come base giuridica l'art. 21, par. 2 TFUE relativo al diritto di circolazione dei cittadini europei⁸, tuttavia le disposizioni dell'atto⁹, ad eccezione di due fattispecie su cui ci si soffermerà in seguito¹⁰, non collegano la sua applicazione alla cittadinanza dell'Unione del soggetto che richiede o presenta il documento pubblico, ma al rilascio di quest'ultimo da parte di un'autorità di uno Stato membro, secondo quanto già precisato.

Il regolamento disciplina l'autenticità¹¹ dei documenti pubblici, ma non il riconoscimento dei relativi effetti giuridici in un altro Stato membro. Il sistema improntato da questo atto si basa, come indicato dall'art. 1, sull'esenzione dalla

³ In realtà il regolamento si applica anche ai documenti rilasciati prima di tale data, purché validi: v. G. CARDACI, A. SCHUSTER, *Manuale pratico*, cit., p. 43.

⁴ Su cui v. *infra*, par. 4.

⁵ Per «copia autentica» si intende «una copia di un documento pubblico originale firmata e certificata come riproduzione esatta e completa di tale documento pubblico originale da un'autorità legittimata a tal fine ai sensi del diritto nazionale e dello stesso Stato membro che ha inizialmente rilasciato il documento pubblico» (art. 3, punto 7). In alcuni ordinamenti, si fa riferimento a «copia certificata» o «copia ufficiale» o «copia conforme». Sui tipi di documenti e le copie escluse, v. *infra*.

⁶ Cfr. anche G. CARDACI, A. SCHUSTER, *Manuale pratico*, cit., p. 45.

⁷ Nell'ampia bibliografia su questo principio, si richiama N. CAMBIEN, *Mutual Recognition and Mutual Trust in the Internal Market*, in *European Papers*, 2017, n. 1, pp. 93-115, reperibile [online](#), per una trattazione specifica delle sue origini e applicazione nell'ambito del mercato interno dell'Unione.

⁸ Sulle conseguenze della scelta effettuata con riguardo all'ambito di applicazione e, quindi, al riconoscimento degli effetti giuridici dei documenti pubblici, v. *infra*, par. 4.1.

⁹ In particolare, l'art. 1, par. 1, comma 2 del regolamento, che utilizza il termine «persona» (così come il corrispondente considerando 5), nonché l'art. 2 (su cui v. *infra*, par. 2) e l'art. 7 relativo ai moduli standard multilingue.

¹⁰ Si tratta dei documenti pubblici che attestano l'assenza di precedenti penali (art. 2, par. 1, lett. m del regolamento), su cui v. *infra*, par. 3.1, e dei documenti pubblici connessi ai diritti elettorali (art. 2, par. 2 del regolamento), su cui v. *infra*, par. 3.2.

¹¹ Nel caso di ragionevoli dubbi circa l'autenticità del documento pubblico o della sua copia autentica, oppure qualora vi sia il sospetto che il documento sia falso o alterato, le autorità di uno Stato membro in cui sono presentati tali documenti dovrebbero procedere secondo le modalità indicate nell'art. 14 (ripreso nel considerando 36), ovvero ricercare informazioni tramite il sistema IMI oppure rivolgersi all'autorità centrale competente (su cui v. artt. 15-16, nonché considerando 40-43) dello Stato che ha rilasciato i documenti in questione. Con riguardo al nostro ordinamento, si veda anche la circolare del Ministero dell'Interno n. 14 del 17 dicembre 2019, reperibile [online](#).

legalizzazione¹² e da formalità analoghe¹³, nonché sulla semplificazione delle procedure richieste, come la traduzione dei documenti, riducendo così gli oneri per i cittadini¹⁴.

A tal fine, sono proposti dei moduli standard multilingue da allegare ai documenti pubblici originali¹⁵, che servono per meglio comprendere il contenuto di tali documenti da parte dell'autorità di ricezione, quando il documento è redatto in una lingua non accettata dal suo paese¹⁶. Un modulo standard multilingue deve essere sempre rilasciato e firmato da un'autorità dello Stato membro in cui viene prodotto il documento pubblico. È possibile chiedere all'autorità dello Stato UE emittente il documento pubblico (o a un'altra autorità competente del medesimo Stato, che risulta nell'elenco trasmesso dallo Stato tra le autorità nazionali autorizzate) di rilasciare il modulo standard multilingue insieme al documento pubblico, al fine di presentarlo in uno Stato membro diverso¹⁷. I soggetti richiedenti non possono quindi procedere autonomamente alla compilazione di tali moduli. I moduli standard in ogni caso non hanno un valore legale autonomo e sono unicamente utilizzati come supporto per la traduzione¹⁸, sebbene questa sia solo parziale e riproduca gli elementi essenziali del contenuto del documento originale¹⁹.

¹² Con «legalizzazione», ai sensi dell'art. 3, punto 3), si intende «la formalità per certificare l'autenticità della firma di un pubblico ufficiale, la veste nella quale ha agito il firmatario del documento e, ove opportuno, l'identità del bollo o del timbro che reca».

¹³ L'art. 3, punto 4), specifica che si tratta dell'aggiunta del certificato previsto dalla convenzione dell'Aja del 1961 sull'*apostille*, su cui v. *amplius infra*, par. 4.

¹⁴ Si veda l'art. 11 concernente le spese per ottenere i moduli standard.

¹⁵ Cfr. art. 7 ss. Per i moduli standard multilingue, che comunque non sono stati creati per tutti i fatti elencati nel presente regolamento, ma solo undici settori, si veda la sezione specifica sul [Portale europeo della giustizia](#), dove sono reperibili anche le versioni elettroniche (in merito, cfr. art. 12), nonché per maggiori informazioni questa [pagina](#). A livello interno, è stata emanata dal Ministero degli Interni una circolare illustrativa in data 14 febbraio 2019, reperibile [online](#).

¹⁶ Cfr. considerando da 22 a 29. Come prevede l'art. 6, par. 2, la «traduzione certificata effettuata da una persona qualificata a tal fine ai sensi del diritto di uno Stato membro è accettata in tutti gli Stati membri». All'autorità cui viene presentato un documento pubblico rimane in ogni caso la facoltà, eccezionalmente, di «esigere, se necessario per il trattamento di tale documento pubblico, che la persona che presenta tale documento corredato di un modulo standard multilingue fornisca anche una traduzione o una traslitterazione del contenuto del modulo standard multilingue nella lingua ufficiale del suo Stato membro o, qualora lo Stato membro in questione abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali del luogo in cui è presentato il documento pubblico, che sia anche una delle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione» (considerando 25).

¹⁷ Art. 8, par. 3.

¹⁸ Art. 8, par. 1 e considerando 22 ss. Si precisa inoltre che, ai sensi dell'art. 6, non occorre produrre la traduzione del documento pubblico originale quando «a) il documento pubblico è redatto nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui il documento è presentato o, qualora lo Stato membro in questione abbia più lingue ufficiali, nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali del luogo in cui il documento è presentato o in qualsiasi altra lingua espressamente accettata da tale Stato membro»; oppure b) il documento pubblico è relativo ai uno dei fatti ivi elencati ed è corredato, alle condizioni stabilite, di un modulo standard multilingue «purché l'autorità nazionale a cui è presentato il documento pubblico ritenga che le informazioni figuranti nel modulo standard multilingue siano sufficienti al trattamento del documento pubblico».

¹⁹ Sull'uso dei moduli standard e sulle problematiche legate alla parzialità della traduzione in sede di trascrizione, v. M.T. MAGOSSO, *Semplificazione dei requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione Europea: Regolamento (UE) 2016/1191*, in *Lo Stato civile italiano*, settembre 2020, pp. 12-16, spec. p. 15 s.; R. CALVIGIONI, *Il Regolamento UE n. 1191/2016. Prima fase di applicazione pratica*, in *I Servizi demografici*, 2019, n. 11, pp. 28-34, spec. p. 30 ss.

Rimane fermo che, come chiarito nell'art. 1, par. 1, e nel considerando 4, il regolamento non pregiudica la facoltà delle persone di continuare a beneficiare di altri sistemi di esenzione dei documenti pubblici dalla legalizzazione o da formalità analoghe applicabili tra Stati membri, su cui si tornerà nel prosieguo con riferimento ai rapporti di questo atto con altri regolamenti europei e strumenti internazionali²⁰.

2. L'ambito di applicazione.

L'art. 2 definisce l'ambito di applicazione del regolamento, stabilendo che esso riguarda i documenti pubblici (le relative copie autentiche o traduzioni)²¹ che sono rilasciati dalle autorità²² di uno Stato membro, conformemente al suo diritto nazionale, che devono essere presentati alle autorità di un altro Stato membro e che hanno come obiettivo principale quello di accertare uno o più dei fatti ivi elencati. Tuttavia, si osserva che il termine «fatti» non si riferisce in modo appropriato a tutte le questioni menzionate, che in effetti sono fatti o atti di natura giuridica²³. In sostanza, il campo di applicazione comprende le materie per le quali gli individui sono tenuti a presentare documenti pubblici per godere della libera circolazione e dei diritti di cittadinanza dell'Unione in scenari transfrontalieri; si noti comunque che gli eventi, che costituiscono il contenuto

²⁰ Su cui *infra*, par. 4 e 4.1.

²¹ Ai sensi dell'art. 3, punto 1, ai fini del presente regolamento, si devono intendere documenti pubblici: «a) i documenti emanati da un'autorità o da un funzionario appartenente ad una delle giurisdizioni di uno Stato membro, ivi compresi quelli emanati dal pubblico ministero, da un cancelliere o da un ufficiale giudiziario ("huissier de justice"); b) i documenti amministrativi; c) gli atti notarili; d) le dichiarazioni ufficiali come le annotazioni di registrazioni, visti per la data certa e autenticazioni di firme, apposte su una scrittura privata; e) documenti redatti da agenti diplomatici o consolari di uno Stato membro che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni nel territorio di qualsiasi Stato, ove tali documenti debbano essere presentati sul territorio di un altro Stato membro o agli agenti diplomatici o consolari di un altro Stato membro che agiscono nel territorio di un paese terzo». In base alla lett. a, rientrano anche le decisioni giudiziarie. Per quanto riguarda il tipo di documenti, il considerando 8, che completa l'art. 4 e il considerando 3, specifica che anche le copie autentiche dei documenti pubblici – ma non le copie di copie autentiche – emesse dall'autorità competente dello Stato membro in cui il documento pubblico originale è stato rilasciato, rientrano nel campo di applicazione del regolamento. Il regime del regolamento si estende anche alle versioni elettroniche dei documenti pubblici: cfr. considerando 9, nonché G. CARDACI, A. SCHUSTER, *Manuale pratico*, cit., p. 36 ss. Per l'elenco dei documenti pubblici, che rientrano nel campo di applicazione del presente regolamento, trasmesso dagli Stati membri ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. b, v. la [pagina](#) specifica sul Portale europeo della giustizia.

²² Per la definizione si veda l'art. 3, punto 2, secondo il quale per «autorità» si intende «un'autorità pubblica di uno Stato membro o un'entità che agisce a titolo ufficiale ed è autorizzata ai sensi del diritto nazionale a rilasciare o ricevere un documento pubblico disciplinato dal presente regolamento o una copia autentica». Per l'elenco delle autorità abilitate dal diritto nazionale a produrre copie autentiche, trasmesso dagli Stati membri ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. e, v. la [pagina](#) specifica sul Portale europeo della giustizia. Su tale definizione, v. anche C. NOURISSAT, *La circulation internationale des actes publics - Synthèse* - in H. PÉROZ (dir.), *La circulation européenne des actes publics. Premier commentaire du Règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016*, Bruxelles, 2020, pp. 117-127, spec. p. 121 s.

²³ H. PÉROZ, *Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012*, in H. PÉROZ (dir.), *La circulation européenne des actes publics*, cit., pp. 77-94, a p. 83.

del documento pubblico, possano verificarsi non solo nello Stato membro che rilascia tale documento, ma anche in un paese terzo²⁴.

Come emerge dal considerando 7, gli Stati membri non sono obbligati dal regolamento a rilasciare documenti pubblici che non esistono nel loro diritto nazionale. Lo strumento normativo UE non è infatti inteso a modificare il diritto sostanziale degli Stati membri per quanto riguarda i fatti in esso elencati²⁵, né a imporre il riconoscimento in uno Stato membro degli effetti giuridici relativi al contenuto di un documento pubblico emesso dalle autorità di un altro Stato membro²⁶. Il che evidenzia la natura e lo scopo di questo atto, che è finalizzato a proporre norme che disciplinano, a livello europeo, formalità pratiche semplificate e consistono pertanto in un mero supporto tecnico nella preparazione degli atti e delle loro traduzioni per le autorità nazionali competenti a rilasciare o ricevere i documenti pubblici nelle materie ivi indicate.

3. Il contenuto dei documenti pubblici.

Il par. 1 dell'art. 2 contiene un elenco di materie che possono costituire il contenuto dei documenti pubblici oggetto del regolamento²⁷. I fatti selezionati rappresentano questioni di stato civile e di anagrafe²⁸ per le quali vengono redatti documenti ufficiali, che spesso sono necessari come prova per beneficiare di un diritto o per rispettare un obbligo connesso alla cittadinanza dell'Unione e alla libera circolazione tra Stati membri.

²⁴ Sul punto, v. *infra*, par. 4. Per una panoramica sulla portata del regolamento, si veda R. CALVIGNONI, *Il Regolamento UE 2016/1191: la semplificazione dei documenti pubblici. Tra luce e ombre nell'applicazione pratica*, in *I Servizi demografici*, 2022, n. 5, pp. 16-23, a p. 17 ss.; T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191 du 6 juillet 2016 : une simplification réussie des conditions de présentation des documents d'état civil ?*, in C. CORSO, P. WAUTELET (sous la direction de), *L'accès aux droits de la personne et de la famille en Europe / Access to Personal and Family Rights in Europe*, Bruxelles, 2022, pp. 279-330, spec. p. 292 ss. e a p. 295; M. FONT I MAS, *El ejercicio de la libre circulación y la eliminación de los requisitos de autenticación y traducción de determinados documentos públicos. El reglamento (UE) 2016/1191*, in D. MARÍN CONSARNAU (dir.), *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada*, Madrid, 2021, pp. 189-210; EAD., *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, pp. 104-125, spec. p. 116 ss., reperibile [online](#); M.T. MAGOSSO, *Semplificazione dei requisiti*, cit., p. 12 ss.; H. PÉROZ, *Règlement (UE) 2016/1191*, cit., p. 83 ss.; E. PUGLIELLI, *Lingue straniere e atto notarile. Documenti provenienti dall'estero e loro utilizzo in Italia*, in *Rivista del notariato*, 2020, pp. 1011-1031, spec. p. 1030; S. SCHLAUB, *The EU Regulation on Public Documents. A first step towards the abolition of the Apostille in the EU*, in *ERA Forum*, 2020, pp. 117-128, spec. p. 120 ss.; T. PIOLA, *Il Regolamento europeo n. 1191/2016: la semplificazione nello scambio dei documenti pubblici tra gli Stati membri*, in *I Servizi demografici*, 2019, n. 6, pp. 7-15, spec. p. 10 ss.; M. GUZMAN ZAPATER, *La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE. El reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, n. 41, pp. 161-179, spec. p. 166 ss.; A. VETTOREL, *La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il Regolamento (UE) n. 2016/1191*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 1060-1075, spec. p. 1067 ss.

²⁵ Cfr. considerando 18.

²⁶ Si veda art. 2, par. 4, su cui *infra*, par. 4.1.

²⁷ Vedi anche il considerando 6.

²⁸ S. SCHLAUB, *The EU Regulation on Public Documents*, cit., p. 120 ss.

Pertanto, i fatti riflettono il contenuto dei diritti garantiti ai sensi degli artt. 20 ss. TFUE e 39 ss. della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché nel diritto derivato pertinente, vale a dire la direttiva 2004/38²⁹.

Come emerso da uno studio del 2007³⁰, i documenti pubblici con valore probatorio hanno una «funzione indispensabile» in quei settori della libera circolazione e della giustizia civile quando devono essere presentati in uno Stato membro diverso al fine di far valere determinati *status* o diritti. Sulla base degli esiti del libro verde del 2010³¹, la Commissione nel 2013 aveva infatti presentato la proposta di regolamento³² volta a introdurre norme e requisiti comuni per la libera circolazione dei documenti pubblici tra gli Stati membri, «integrando il diritto settoriale dell'Unione esistente in materia, colmando le lacune in quei settori che attualmente non sono disciplinati dal diritto dell'Unione e sostenendo le iniziative dell'UE volte a semplificare la vita dei cittadini e le condizioni commerciali degli operatori economici». Tuttavia, a seguito di una serie di negoziati³³ e di un accordo informale tra i legislatori europei, formalmente approvato dal Consiglio il 10 marzo 2016³⁴ e dal Parlamento il 9 giugno 2016³⁵, il campo di applicazione del regolamento è stato ristretto a quei documenti relativi all'esercizio dei diritti delle persone fisiche in situazioni transfrontaliere, escludendo quindi i beni immobili, lo *status* giuridico e la rappresentanza di una società o altra impresa, i diritti di proprietà intellettuale, nonché i documenti redatti da privati e quelli rilasciati da autorità di Stati terzi.

²⁹ [Direttiva 2004/38/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

³⁰ British Institute of International and Comparative Law, Studio JLS/C4/2005/04, *The Use of Public Documents in the EU*, luglio 2007, reperibile [online](#).

³¹ Libro verde *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini. Promuovere la libera circolazione dei documenti pubblici e il riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile*, [COM\(2010\) 747](#) definitivo del 15 ottobre 2010. A questo proposito, si veda T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191*, cit., p. 286; H. PÉROZ, *Règlement (UE) 2016/1191*, cit., p. 79; T. PIOLA, *Il Regolamento europeo n. 1191/2016*, cit., p. 8 ss.; M. FONT I MAS, *La libera circolazione degli atti pubblici*, cit., p. 109 ss.; M. GUZMAN ZAPATER, *La libre circulación de los documentos públicos*, cit., p. 164 ss.; E. DE GOTZEN, *Child's civil status, birth certificates' effects and the free movement of public documents: grasp all, lose all?*, in *GenIUS*, 2016, n. 1, p. 56, spec. a p. 59 ss., reperibile [online](#).

³² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione della libera circolazione dei cittadini e delle imprese semplificando l'accettazione di taluni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012, [COM\(2013\) 228](#) definitivo del 24 aprile 2013. A tal riguardo, v. anche T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191*, cit., p. 288 ss.; H. PÉROZ, *Règlement (UE) 2016/1191*, cit., p. 88.

³³ Cfr. linee orientative approvate dal Consiglio il 24 novembre 2014 ([15843/14](#)), orientamento generale parziale (sulle disposizioni) del 6 marzo 2015 ([6812/15 ADD 1](#)), testo dei considerando in vista dell'adozione di un orientamento generale del 5 giugno 2015 ([9332/15](#)) e conclusioni della 3354^a sessione del Consiglio Giustizia e affari interni del 4-5 dicembre 2014 ([16526/14](#), a p. 12).

³⁴ Si veda la posizione del Consiglio in prima lettura del 25 febbraio 2016 ([14956/15](#)) e la motivazione del Consiglio, adottata il 10 marzo 2016 ([14956/2/15 REV 2 ADD 1](#)).

³⁵ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 9 giugno 2016 sulla posizione del Consiglio in prima lettura ([P8_TA\(2016\)0277](#)).

Alla luce dell'esito dell'iter legislativo, il regime semplificato di circolazione può essere applicato, come previsto dall'art. 2, ai documenti pubblici relativi a fatti che riflettono, in concreto, situazioni giuridiche fondamentali per l'esercizio dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione e dalla legislazione sulla libera circolazione, vale a dire: (a) nascita; (b) esistenza in vita; (c) decesso; (d) nome; (e) matrimonio, compresi la capacità di contrarre matrimonio³⁶ e lo stato civile; (f) divorzio, separazione legale o annullamento del matrimonio³⁷; (g) unione registrata, compresa la capacità di contrarre un'unione registrata e lo stato di unione registrata; (h) scioglimento di un'unione registrata, separazione personale o annullamento di un'unione registrata; (i) filiazione; (j) adozione; (k) domicilio e/o residenza; (l) cittadinanza; (m) assenza di precedenti penali; e i diritti elettorali, come indicato nel par. 2³⁸.

Non sono inclusi nell'ambito di applicazione i passaporti o le carte d'identità rilasciati in uno Stato membro, in quanto non soggetti a legalizzazione o a formalità simili quando vengono presentati in un altro Stato membro³⁹, che infatti li riconosce automaticamente.

3.1. Segue. Il significato di alcune nozioni.

Le materie elencate nell'art. 2 del regolamento 2016/1191 non vengono definite nel regolamento stesso e non sono soggette ad un'interpretazione autonoma di diritto UE, ma devono essere determinate secondo il diritto interno. Alcune nozioni ivi utilizzate compaiono tra le materie incluse oppure escluse dal campo di applicazione di altri strumenti normativi dell'Unione specialmente in materia di famiglia, con cui possono quindi essere coordinate⁴⁰.

Al fine di comprendere la portata terminologica delle nozioni offrono un supporto interpretativo i considerando del regolamento che includono – come avviene sempre più di frequente negli atti UE – spiegazioni di concetti, i quali, in linea di principio, riflettono definizioni comuni accettate in tutti gli Stati membri. Benché tali disposizioni preliminari alla parte prescrittiva dell'atto non siano dotate di una valenza giuridica vincolante, esse contribuiscono ugualmente alle finalità di garantire un'applicazione uniforme delle disposizioni e così di assicurare la circolazione dei documenti pubblici, nonché, in definitiva, il rispetto dei diritti di libera circolazione all'interno dell'Unione. Questo è il caso del regolamento 2016/1191, che contiene, infatti, alcune definizioni, di seguito riportate e confrontate con gli altri strumenti di diritto UE che le menzionano.

³⁶ In merito a tale aspetto, si veda, per alcune casistiche, M. CALIARO, *Nulla osta al matrimonio e capacità matrimoniale per lo straniero: cosa cambia con il Regolamento (UE) 2016/1191*, in *Lo Stato civile italiano*, novembre 2020, pp. 20-26.

³⁷ Su cui vedi *infra*, par. 4.1.

³⁸ Su cui vedi *infra*, par. 3.2.

³⁹ Considerando 10.

⁴⁰ Su cui vedi *infra*, par. 4.1.

In particolare, per quanto riguarda il termine «nome» contenuto nell'art. 2, par. 1, lett. *d*, il considerando 12 chiarisce che, nell'ambito della categoria dei documenti pubblici relativi a tale concetto, devono essere inclusi anche quelli che accertano un cambiamento di nome, avendo lo scopo principale di stabilire il nome di una persona⁴¹. Questo termine compare, ma senza alcuna precisazione, tra le materie escluse dal regolamento 2019/1111 (c.d. «regolamento Bruxelles II-*ter*»)⁴², come specificato nell'art. 1, par. 4, lett. *c*, che riproduce l'art. 1, par. 3, lett. *c*, del regolamento n. 2201/2003 (c.d. «regolamento Bruxelles II-*bis*»)⁴³, nonché, per quanto riguarda i coniugi, dal regolamento n. 1259/2010, come emerge dal suo considerando 10⁴⁴. Basti qui osservare che questi regolamenti concernono questioni giuridiche connesse ai rapporti familiari transnazionali e prescindono dalla verifica degli *status* personali, ovvero dei presupposti, relativi ad atti o fatti giuridici preliminari alla disciplina della materia rientrante nel rispettivo ambito materiale.

Similmente, il concetto di «stato civile», indicato nell'art. 2, par. 1, lett. *e*, trova una spiegazione nel considerando 13 del regolamento 2016/1191, in base al quale esso dovrebbe essere interpretato come riferito allo stato di un individuo di essere coniugato, separato o non sposato, compreso l'essere celibe/nubile, divorziato o vedovo. È questa la prima volta che una simile spiegazione appare in un atto legislativo dell'Unione. Lo *status* delle persone non è infatti definito in altri strumenti, ma solo menzionato tra le materie escluse, come accade nel regolamento 2019/1111, in particolare nel suo considerando 12, che riprende quanto già enunciato nel considerando 10 del regolamento n. 2201/2003. Non vi è poi alcun riferimento allo stato civile nel regolamento n. 1259/2010, rientrando in quelle questioni preliminari escluse dal suo campo di applicazione alla luce del considerando 10 poc'anzi ricordato.

Anche la nozione di «filiazione», prevista nell'art. 2, par. 1, lett. *i*, e definita nel considerando 14 del regolamento 2016/1191 come «il rapporto giuridico tra un minore e

⁴¹ Diversamente, il cambiamento di sesso non è incluso tra le materie coperte dal campo di applicazione del regolamento. A questo proposito, si veda T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191*, cit., p. 296 s.

⁴² [Regolamento \(UE\) 2019/1111](#) del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, nonché alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), che si applica ai procedimenti instaurati a partire dal 1° agosto 2022 abrogando il precedente regolamento Bruxelles II-*bis* (per il regime transitorio, cfr. art. 100, par. 2 del regolamento Bruxelles II-*ter*).

⁴³ [Regolamento \(CE\) n. 2201/2003](#) del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

⁴⁴ [Regolamento \(UE\) n. 1259/2010](#) del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III), in particolare il considerando 10 (in base al quale «[q]uestioni preliminari quali la capacità giuridica e la validità del matrimonio e materie quali gli effetti del divorzio o della separazione personale sui rapporti patrimoniali, il nome, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari o altri eventuali provvedimenti accessori dovrebbero essere regolate dalle norme di conflitto applicabili nello Stato membro partecipante interessato»).

i suoi genitori», appare per la prima volta nel campo di applicazione di un atto legislativo dell'Unione⁴⁵, nonostante lo scopo del regolamento sui documenti pubblici sia differente rispetto agli altri strumenti UE adottati in materia di famiglia. Con riguardo a tali atti, la filiazione è una materia espressamente esclusa dall'art. 1, par. 4, lett. *a*, del regolamento 2019/1111, che fa riferimento all'accertamento o all'impugnazione della filiazione, ed è completato dal considerando 12, in base al quale questo concetto «è una questione diversa dall'attribuzione della responsabilità genitoriale», materia invece rientrante nell'ambito del medesimo regolamento. Queste disposizioni riproducono quanto già previsto nel regolamento Bruxelles II-*bis*, in particolare nell'art. 1, par. 4, lett. *a*, e nel considerando 10.

Per quanto riguarda i termini «domicilio», «residenza» e «cittadinanza» indicati nell'art. 2, par. 1, lett. *k* e *l*, la loro interpretazione deve essere effettuata conformemente al diritto nazionale, come emerge dal considerando 15 del regolamento in parola. Queste nozioni rilevano in materia di stato civile e di anagrafe, che rientra nella competenza degli Stati membri e al cui diritto interno occorre pertanto fare riferimento, con il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo, quali quelli della libera circolazione delle persone e di non discriminazione⁴⁶. Tale precisazione richiama le disposizioni contenute nei regolamenti Bruxelles II-*ter* e II-*bis*, che rinviano agli ordinamenti giuridici nazionali al fine di determinare il significato di «domicile», in quanto considerato un concetto alternativo alla «cittadinanza», applicabile questo nei paesi di *civil law*⁴⁷.

Con riferimento ai documenti che attestano l'assenza di precedenti penali (art. 2, par. 1, lett. *m*), possono beneficiare del sistema semplificato di circolazione solo quei

⁴⁵ Sul punto, si precisa che è stata recentemente adottata una proposta di regolamento sul riconoscimento reciproco della filiazione, cui si fa cenno *infra*, par. 4.1.

⁴⁶ Come affermato più volte dalla Corte di giustizia: cfr. le sentenze del 1° aprile 2008, [causa C-267/06](#), *Tadao Maruko*, EU:C:2008:179, dove la normativa tedesca – che non consentiva al partner superstite di un'unione civile, in caso decesso dell'altro partner, di percepire una prestazione equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite – è stata ritenuta in contrasto con i principi fondamentali del diritto UE e, in particolare, quello di non discriminazione; e 12 maggio 2011, [causa C-391/09](#), *Vardyn*, EU:C:2011:291, in base alla quale il rifiuto opposto dalle autorità competenti di uno Stato membro, in applicazione di una normativa nazionale secondo cui il cognome e i nomi di una persona possono essere registrati negli atti di stato civile esclusivamente in una forma che rispetti le regole di grafia della lingua ufficiale nazionale, di modificare, nei certificati di nascita e di matrimonio di uno dei suoi cittadini, il cognome e il nome di detta persona secondo le regole di grafia di un altro Stato membro non contrasta con la libertà fondamentale di circolazione e di soggiorno di cui all'art. 21 TFUE. Tali principi sono stati ulteriormente confermati dalla Corte di giustizia nella sentenza dell'8 giugno 2017, [causa C-541/15](#), *Freitag*, EU:C:2017:432. In dottrina, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanza e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, pp. 215-239, spec. pp. 223-228.

⁴⁷ L'art. 2, par. 3, del regolamento 2019/1111 stabilisce che «la nozione di "domicile" cui è fatto riferimento è quella utilizzata negli ordinamenti giuridici del Regno Unito e dell'Irlanda». Questa disposizione riprende, con l'aggiunta di alcune precisazioni l'art. 3, par. 2, del regolamento n. 2201/2003. Si fa notare che l'Irlanda partecipa a questo regolamento, ma non il Regno Unito a seguito del suo recesso dall'UE (a tal riguardo, si veda M.C. BARUFFI, *Brexit e le conseguenze in materia di stato civile e anagrafe*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, pp. 149-160).

documenti che sono rilasciati a un cittadino dell'Unione dalle autorità del suo Stato membro di cittadinanza, con la conseguenza che sono esclusi i documenti che riguardano cittadini di Stati terzi oppure documenti emessi dallo Stato membro di residenza. Nel considerando 16 vengono fornite le definizioni di «casellario giudiziario», che dovrebbe intendersi il registro o i registri nazionali che riportano le condanne conformemente al diritto nazionale, e di «condanna», che dovrebbe essere interpretata come riferita a «ogni decisione definitiva di un organo giurisdizionale penale nei confronti di una persona fisica in relazione ad un reato, nella misura in cui tali decisioni siano riportate nel casellario giudiziario dello Stato membro di condanna». Solo il documento che attesta l'assenza di condanne può quindi circolare accompagnato eventualmente dal relativo modulo.

3.2. *Segue. I diritti elettorali.*

Il par. 2 dell'art. 2 stabilisce che il regolamento trova applicazione ai documenti pubblici che devono essere presentati dai cittadini dell'Unione quando desiderano votare o presentarsi come candidati alle elezioni del Parlamento europeo o alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono e di cui non hanno la cittadinanza⁴⁸, conformemente alle condizioni previste rispettivamente dalla direttiva 93/109/CE⁴⁹ e dalla direttiva 94/80/CE⁵⁰.

La disposizione in parola, diversamente dal par. 1, indica una categoria di documenti che non è determinata dai fatti ivi attestati, ma dalla finalità del loro concreto utilizzo. La proposta originaria presentata dalla Commissione non includeva questo aspetto, che è stato poi introdotto con l'accordo di compromesso approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo in merito alla determinazione dell'ambito di applicazione del regolamento, che esclude infatti tutti i documenti relativi alle imprese e copre solo i diritti degli individui legati allo stato civile⁵¹. Il par. 2 dell'art. 2 contribuisce quindi al perseguimento degli obiettivi già sopra delineati e, in pratica, all'esercizio dei diritti elettorali garantiti dagli artt. 20, par. 2, lett. *b*, e 22 del TFUE e dagli artt. 39 e 40 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁴⁸ Cfr. anche considerando 6, ai sensi del quale il regolamento dovrebbe “applicarsi ai documenti pubblici la cui presentazione possa essere richiesta da cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non sono cittadini quando, in conformità con la pertinente legislazione dell'Unione, desiderano votare o candidarsi alle elezioni del Parlamento europeo o alle elezioni comunali nel loro Stato membro di residenza”.

⁴⁹ [Direttiva 93/109/CE](#) del Consiglio, del 6 dicembre 1993, relativa alle modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza.

⁵⁰ [Direttiva 94/80/CE](#) del Consiglio, del 19 dicembre 1994, che stabilisce le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza.

⁵¹ Sul punto, si veda T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191*, cit., p. 297 s.

Il regolamento, tuttavia, non propone alcun modulo standard multilingue al fine di semplificare la produzione dei documenti pubblici rilevanti per esercitare i diritti elettorali; di conseguenza, il cittadino interessato a spostarsi ed esercitare il diritto di voto nello Stato membro di residenza deve verificare la normativa ivi in vigore, che, in attuazione delle suddette direttive, disciplina i documenti pertinenti. In sostanza, i cittadini dell'Unione che non hanno la cittadinanza dello Stato membro di residenza sono trattati come cittadini di questo Stato ai fini dell'esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo o alle elezioni comunali.

Tra i documenti da presentare, quelli relativi all'identità, come la carta di identità o il passaporto, non sono soggetti a legalizzazione o a formalità simili se presentati in un altro Stato membro dell'Unione, come anticipato ed espressamente indicato nel considerando 10 del regolamento. I documenti relativi alla cittadinanza e alla residenza godono invece del regime semplificato di libera circolazione in virtù dell'art. 2, par. 1, lett. *k* e *l* del regolamento. Anche altri documenti, come le dichiarazioni formali richieste dagli artt. 9-10 della direttiva 93/109/CE e dagli artt. 8-9 della direttiva 94/80/CE del Consiglio, rientrano nel campo di applicazione del regolamento 2016/1191 e beneficiano dell'esenzione dalla legalizzazione e della semplificazione delle formalità, sebbene possano permanere barriere linguistiche in assenza di un modulo standard multilingue dedicato ai diritti elettorali.

4. Le esclusioni dall'ambito di applicazione: i documenti pubblici rilasciati in paesi terzi.

Per completare l'esame dell'ambito di applicazione del regolamento 2016/1191 è necessario considerare anche i profili che non risultano in esso compresi in ragione delle espresse esclusioni contenute nell'atto stesso e tenendo conto, altresì, del peculiare regime di relazioni con altri strumenti, tanto di diritto dell'Unione europea quanto di diritto internazionale, aventi ad oggetto materie disciplinate dal regolamento.

In primo luogo, come accennato, il regolamento non si applica ai documenti pubblici rilasciati da autorità di Stati terzi (art. 2, par. 3, lett. *a*) e nemmeno alle copie autentiche di tali documenti che siano prodotte dalle autorità di uno Stato membro (art. 2, par. 3, lett. *b*), senza tuttavia che il medesimo regolamento fornisca indicazioni rispetto al luogo in cui l'evento di stato civile, certificato nel documento, sia avvenuto⁵². Ne

⁵² A tal riguardo, T. EVRARD, *Le Règlement 2016/1191*, cit., p. 295, cita l'ipotesi in cui le competenti autorità di uno Stato membro rilascino, a soggetti beneficiari di protezione internazionale o apolidi, documenti pubblici che tengano luogo di quelli corrispondenti che non sia stato possibile ottenere nel paese di origine, come risulta dall'elenco dei documenti pubblici rientranti nel campo di applicazione del regolamento comunicato dalla Francia ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. *b* e reperibile alla [pagina](#) specifica sul Portale europeo della giustizia (v., in particolare, i documenti elencati in relazione agli eventi di stato civile "nascita", "decesso" e "matrimonio"). Rimane, quindi, da verificare, in concreto, per ciascuno Stato

consegue che, dal punto di vista territoriale, l'applicazione dell'atto in parola è determinata in relazione agli Stati membri⁵³, rispettivamente, di origine e di destinazione del documento pubblico: come già precisato, beneficiano del regime agevolato di circolazione istituito dal regolamento solo quei documenti pubblici (e relative copie autentiche) rilasciati dalle autorità di un paese UE e attestanti uno o più fatti elencati all'art. 2, par. 1, che siano presentati in un altro Stato membro. Ciò trova ulteriore illustrazione nel considerando 17, in cui si sottolinea che la semplificazione introdotta dal regolamento concerne i «requisiti per la presentazione in uno Stato membro di documenti pubblici rilasciati in un altro Stato membro», pertanto operante limitatamente alla circolazione «intra-UE» di tali documenti e delle relative copie autentiche⁵⁴. È, infatti, solo questo contesto transfrontaliero⁵⁵ ad essere caratterizzato dal principio della fiducia reciproca, che rappresenta il fondamento del sistema di cooperazione amministrativa tra le autorità degli Stati membri istituito attraverso il regolamento in esame⁵⁶.

La scelta di politica legislativa di diversificare la disciplina applicabile ai documenti pubblici rilasciati in uno Stato membro UE rispetto a quelli formati in un paese terzo è stata oggetto di esame nel corso dei lavori preparatori per l'adozione del regolamento, ove si è rilevato come il diritto dell'Unione ammetta una tale differenziazione nella misura in cui risulti proporzionata rispetto agli elementi che oggettivamente distinguono le due categorie di documenti, provenienti da uno Stato UE o da uno Stato terzo⁵⁷. Nella valutazione d'impatto condotta dalla Commissione si è ulteriormente esclusa l'opzione che avrebbe comportato la realizzazione di un'armonizzazione piena delle normative nazionali in materia di documenti pubblici, ivi comprese le disposizioni riguardanti l'autenticazione di quelli formati negli Stati extra-UE, in quanto ritenuta estrema ed eccessivamente invasiva rispetto all'autonomia legislativa e amministrativa dei paesi membri⁵⁸.

Così chiarita l'operatività dell'esclusione di cui all'art. 2, par. 3 del regolamento, ne deriva che la circolazione transfrontaliera dei documenti pubblici rilasciati negli Stati terzi rimane disciplinata da accordi internazionali in vigore tra il paese di origine e il paese

membro, quali documenti pubblici possano beneficiare del regime di circolazione semplificato stabilito dal regolamento.

⁵³ Come specificato *supra*, par. 1, si ricorda che sono vincolati al regolamento tutti i ventisette Stati membri, compresa la Danimarca.

⁵⁴ In proposito, H. PÉROZ, *Règlement (UE) 2016/1191*, cit., p. 81, attribuisce «un caractère réciproque» all'ambito di applicazione territoriale del regolamento, circoscritto alla sola circolazione dei documenti pubblici tra Stati membri UE.

⁵⁵ M. FONT I MAS, *El ejercicio de la libre circulación*, cit., pp. 197-198; EAD., *La libera circolazione*, cit., p. 188.

⁵⁶ Come chiarito anche dal considerando 3 dello stesso regolamento.

⁵⁷ *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012*, [SWD\(2013\) 144 final](#) del 24 aprile 2013, p. 23.

⁵⁸ *Ivi*, p. 40.

UE in cui il documento è presentato, laddove esistenti e applicabili, o, in via residuale, dalla normativa interna di ciascuno Stato membro. Come è noto, in quest'ambito sono numerose le convenzioni elaborate in seno ad organizzazioni internazionali e regionali, su base multilaterale o bilaterale, al fine di semplificare il procedimento di legalizzazione per la presentazione di un documento pubblico all'estero, o addirittura eliminarlo per talune categorie di documenti⁵⁹. La convenzione che conta il numero più ampio di ratifiche a livello globale è quella dell'Aja del 1961⁶⁰ sull'*apostille*, vale a dire la formalità, di competenza delle autorità dello Stato contraente di origine del documento, prevista da tale strumento in sostituzione della più onerosa legalizzazione apposta dalle autorità consolari del paese in cui il documento è destinato ad essere utilizzato. Tutti gli Stati membri UE sono parti contraenti e, al riguardo, è opportuno richiamare le disposizioni che il regolamento 2016/1191 dedica al rapporto con altre fonti internazionali, in generale, e con la convenzione sull'*apostille*, in particolare. Sotto il primo profilo, l'art. 19 del regolamento chiarisce, al par. 1, che non è pregiudicata l'applicazione di convenzioni, accordi e intese internazionali di cui gli Stati membri siano parte e aventi ad oggetto materie disciplinate dall'atto UE, facendo naturalmente salva, al par. 2, la prevalenza di quest'ultimo nelle relazioni tra Stati membri⁶¹. Rispetto alla convenzione dell'Aja del 1961, si aggiungono alcune previsioni specifiche volte a «salvaguardare la coesistenza»⁶² tra il regime istituito dal regolamento e quello esistente tra gli Stati UE in forza di tale strumento internazionale. In particolare, come emerge dal combinato disposto dell'art. 1, par. 1, secondo comma e dell'art. 19, par. 3, e precisato dal considerando 5, rimane ancora possibile, in primo luogo, l'utilizzo, in uno Stato membro, di un'*apostille* apposta in un altro Stato membro. Analogamente, è consentita l'apposizione di un'*apostille* su un documento pubblico cui si applica il regolamento, ma solo su richiesta dell'interessato e previa informativa, da parte delle autorità nazionali di rilascio, che tale formalità non è più necessaria ai fini della circolazione del documento in un altro paese UE (per la quale sarebbe sufficiente la produzione del documento originale accompagnato dal relativo modulo standard previsto dal regolamento). Una richiesta di apposizione di *apostille* potrebbe, quindi, essere formulata in ragione della

⁵⁹ Per una panoramica, cfr., tra gli altri, T. STIGARI, *La legalizzazione nell'ordinamento italiano. Definizioni e natura della legalizzazione*, in *I Servizi demografici*, 2022, n. 11, pp. 7-14, spec. pp. 10-14; M. FONT I MAS, *El ejercicio de la libre circulación*, cit., pp. 193-195; P. CALLÉ, *La légalisation des actes publics*, in H. PÉROZ (dir.), *La circulation européenne des actes publics*, cit., pp. 61-76; A. ZANOBETTI, *La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, pp. 20-35, spec. pp. 24-27, reperibile [online](#).

⁶⁰ Convenzione riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, adottata a L'Aja il 5 ottobre 1961 (il testo ufficiale in lingua francese e inglese è reperibile alla [pagina dedicata](#) sul sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato).

⁶¹ V. anche il considerando 46 del regolamento. Se, diversamente, si tratta di accordi su materie non rientranti nell'ambito di applicazione dello stesso oppure di accordi che permettono un'ulteriore semplificazione della circolazione dei documenti pubblici cui esso si applica, il considerando 47 precisa che gli Stati membri possono mantenerli nelle reciproche relazioni, o stipularne tra loro di nuovi.

⁶² Così il considerando 5 del regolamento.

necessità di successiva presentazione del documento (rilasciato in uno Stato UE) anche in uno Stato terzo⁶³.

Talune materie disciplinate dal regolamento rientrano altresì nell'ambito di applicazione di convenzioni promosse dalla *Commission International de l'État Civil* (CIEC)⁶⁴, organizzazione intergovernativa istituita nel 1949 con lo specifico obiettivo di facilitare la cooperazione amministrativa nell'ambito dello stato civile, dalla quale, tuttavia, negli anni più recenti, diversi Stati aderenti sono receduti, con conseguente incertezza quanto al suo ruolo e al suo mandato nel prossimo futuro⁶⁵. Il regolamento, ai considerando 11, 22 e 49, richiama le convenzioni CIEC⁶⁶, sottolineando le diverse finalità e funzione dei modelli uniformi da queste previsti rispetto ai moduli standard multilingue predisposti per l'utilizzo «intra-UE» dei documenti pubblici, i quali, come si è detto, non sono dotati di valore legale, ma fungono solo da ausilio alla certificazione. Pertanto, rimane impregiudicata l'applicabilità di tali convenzioni tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

Ancora con riferimento ai rapporti con altre fonti internazionali, l'art. 19, par. 4 del regolamento introduce un'ulteriore previsione, di carattere innovativo nel quadro degli strumenti UE di cooperazione giudiziaria civile⁶⁷, secondo la quale gli Stati membri conservano la propria competenza a «negoziare, concludere, aderire a, modificare o applicare accordi e intese internazionali con paesi terzi riguardanti atti di legalizzazione o formalità analoghe per documenti pubblici su materie oggetto del (...) regolamento e rilasciati dalle autorità degli Stati membri o di paesi terzi al fine di essere utilizzati nelle relazioni tra gli Stati membri e i paesi terzi interessati». Tale riserva di competenza è altresì sancita, nel medesimo par. 4, per la decisione sull'accettazione dell'adesione di nuove parti contraenti agli accordi in questione, presenti o futuri. Questa disposizione, in sostanza, mira a regolare, nei settori ricompresi nell'ambito di applicazione del regolamento, la conclusione di accordi con paesi terzi, così come l'accettazione di nuovi Stati parte agli stessi, escludendo la possibile esistenza di una competenza esterna di natura esclusiva in capo all'Unione europea. Come si è appena illustrato, gli Stati membri

⁶³ Cfr. G. CARDACI, A. SCHUSTER, *Manuale pratico*, cit., p. 24.

⁶⁴ Maggiori informazioni sulla Commissione e i relativi Stati aderenti, nonché i testi ufficiali delle convenzioni elaborate dalla stessa, sono reperibili a questa [pagina](#).

⁶⁵ Alla data in cui si scrive, la CIEC conta infatti solo cinque Stati membri (Belgio, Spagna, Lussemburgo, Svizzera e Turchia) e sette con il ruolo di osservatori, e diversi Stati UE (tra gli altri, Austria, Germania, Portogallo, Paesi Bassi, Francia, nonché l'Italia), compresi alcuni paesi fondatori dell'organizzazione, hanno formalizzato il loro recesso negli ultimi anni. In dottrina, si sono espressi a favore dell'importanza della CIEC e del mantenimento della sua operatività P. LAGARDE, H. GAUDEMET-TALLON, C. KESSEDIAN, F. JAULT-SESEKE, É. PATAUT, *La Commission internationale de l'état civil en péril*, in *Recueil Dalloz*, 2020, p. 2355 (reperibile, tradotto in inglese, anche [online](#)).

⁶⁶ Nelle materie rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento, risulta particolarmente significativa, tra le altre, la convenzione n. 16 relativa al rilascio di atti di stato civile, firmata l'8 settembre 1976 ed entrata in vigore a livello internazionale il 30 luglio 1983, di cui sono contraenti anche numerosi Stati membri UE (tra cui l'Italia, che l'ha ratificata e resa esecutiva con [legge 21 dicembre 1978, n. 870](#)).

⁶⁷ Come evidenziato da A. VETTOREL, *La circolazione dei documenti pubblici stranieri*, cit., p. 1074.

UE erano vincolati, già prima dell'adozione del regolamento, ad un consistente numero di convenzioni internazionali, sia multilaterali sia bilaterali, finalizzate all'abolizione del requisito della legalizzazione o formalità analoghe e dal tenore della norma in esame si deduce, chiaramente, la volontà di mantenere la propria sovranità, in questi ambiti, quanto ai rapporti con gli Stati terzi. È interessante sottolineare che la suddetta disposizione non fosse contenuta nel testo originario della proposta di regolamento del 2013, ma sia stata aggiunta nel corso del negoziato⁶⁸, come probabile conseguenza⁶⁹ del parere 1/13 reso dalla Corte di giustizia⁷⁰ sull'accettazione dell'adesione di un paese terzo alla Convenzione dell'Aja del 1980 sulla sottrazione internazionale di minori⁷¹, in cui si è seguito un approccio particolarmente estensivo con riferimento al parallelismo esistente tra competenze detenute dall'Unione a livello interno ed esterno, senza richiedere «una concordanza completa tra il settore disciplinato dagli impegni internazionali e quello disciplinato dalla normativa dell'Unione»⁷².

Per quanto concerne, invece, le normative interne degli Stati membri che stabiliscono il regime relativo alla presentazione dei documenti pubblici stranieri formati da autorità di paesi terzi, sussistono molteplici specificità quanto ai necessari requisiti, in assenza di convenzioni internazionali applicabili. A titolo esemplificativo, non essendo possibile in questa sede svolgere un'esaustiva analisi comparata⁷³, si può ricordare che, in taluni ordinamenti, i documenti pubblici stranieri sono considerati equivalenti a quelli rilasciati dalle autorità nazionali a condizione che soddisfino le medesime caratteristiche richieste per la formazione di questi ultimi (vale a dire, che siano emessi dalle autorità competenti nello Stato terzo nell'esercizio dei poteri loro attribuiti), oppure, in altri ordinamenti, si prevede una distinzione a seconda delle finalità per cui il documento pubblico straniero viene presentato, se cioè ai fini delle registrazioni anagrafiche ovvero della registrazione negli archivi di stato civile. Nel secondo caso, infatti, può essere oggetto di trascrizione soltanto l'atto originale formato all'estero nel paese in cui l'evento di stato civile si è verificato, e non certificazioni di altra natura, desunte da documenti

⁶⁸ Si veda il testo dell'art. 18, par. 2 ter, proposto dal Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione di un orientamento generale ([9332/15 ADD 1](#) del 5 giugno 2015).

⁶⁹ P. FRANZINA, *Preface*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, pp. v-viii, a p. vi, parla di «likely reaction» alla posizione della Corte di giustizia.

⁷⁰ Corte di giustizia (Grande Sezione), [parere 1/13](#) del 14 ottobre 2014, EU:C:2014:2303, su cui v., per approfondimenti, P. BEAUMONT, *A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13*, in P. FRANZINA (ed.), *The External Dimension*, cit., pp. 43-62; I. GOVAERE, «Setting the international scene»: *EU external competence and procedures post-Lisbon revisited in the light of ECJ Opinion 1/13*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1277-1307.

⁷¹ Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, adottata a L'Aja il 25 ottobre 1980 (il testo ufficiale in lingua francese e inglese è reperibile alla [pagina dedicata](#) sul sito della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato).

⁷² *Ivi*, par. 72.

⁷³ In proposito, si rimanda alla [pagina](#) del sito del progetto europeo *Identities on the move – Documents cross borders – DxB* in cui saranno pubblicati i report nazionali e il report comparato.

originali e redatte da organi diversi da quelli che hanno stilato l'atto di stato civile. Una simile differenziazione esiste, tra gli altri, nel sistema italiano: un documento straniero riprodotto di un atto formato in un diverso paese – ad esempio, un atto di stato civile redatto in uno Stato terzo e trascritto in un altro Stato membro UE, che ne rilascia una copia autentica⁷⁴ – può essere utilizzato per l'aggiornamento del registro della popolazione residente⁷⁵; nel caso, invece, di un atto di stato civile relativo ad un cittadino italiano, la trascrizione nei registri di stato civile potrà avere ad oggetto solo l'atto originale (o copia conforme) formato all'estero nello Stato in cui l'evento si è verificato⁷⁶. Rimangono, inoltre, generalmente previsti dalle normative nazionali i requisiti della legalizzazione e della traduzione certificata del documento pubblico redatto in lingua straniera.

4.1. *Segue.* Gli effetti giuridici relativi al contenuto dei documenti pubblici.

Come anticipato, il legislatore europeo ha inteso escludere dal campo di applicazione del regolamento 2016/1191 il riconoscimento degli effetti giuridici relativi al contenuto dei documenti pubblici rilasciati in un altro Stato membro, limitandosi quindi, per utilizzare una distinzione invalsa in dottrina⁷⁷, alla disciplina del documento come *instrumentum* (cioè l'autenticità dello stesso) e nulla disponendo in merito al documento come *negotium* (vale a dire lo *status* o relazione giuridica di cui esso attesta l'esistenza). Il profilo del riconoscimento degli effetti degli atti di stato civile era già individuato dal citato libro verde del 2010⁷⁸ quale obiettivo prioritario, unitamente alla libera circolazione dei documenti pubblici, per facilitare l'esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, eliminando le onerose formalità amministrative che ne pregiudicano l'effettività, sottolineando tuttavia, fin da subito, «la portata diversa»⁷⁹ delle due questioni. Con riferimento alla circolazione transfrontaliera di una situazione giuridica certificata da un atto di stato civile, che pure non risulta, come meglio si dirà in seguito, un settore inesplorato per il diritto dell'Unione europea, si pongono infatti problemi di carattere internazionalprivatistico quanto alla possibilità (e a quali condizioni) di riconoscimento dei relativi effetti. Diversamente, l'individuazione dell'art. 21, par. 2, TFUE come base giuridica del regolamento sui documenti pubblici, sin

⁷⁴ Ipotesi che, come già chiarito, non rientra nell'ambito di applicazione del regolamento 2016/1191 ai sensi del suo art. 2, par. 3, lett. *b*.

⁷⁵ Cfr. art. 3, comma 4 del [decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445](#).

⁷⁶ Cfr. art. 17 del [decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#), nonché Ministero dell'Interno, *Massimario per l'ufficiale di stato civile*, edizione 2012, p. 176, reperibile [online](#).

⁷⁷ Con specifico riferimento al regolamento in esame, v. M. FONT I MAS, *El ejercicio de la libre circulación*, cit., p. 193; A. ZANOBETTI, *La circolazione degli atti pubblici*, cit., p. 23. Più in generale, v. R. CAFARI PANICO, *Divorzi stranieri tra riconoscimento e trascrizione*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, pp. 5-18.

⁷⁸ COM(2010) 747 definitivo, cit.

⁷⁹ *Ivi*, p. 1.

dall'adozione della sua proposta⁸⁰, ne ha delimitato l'applicabilità alle sole misure di semplificazione delle formalità amministrative nella presentazione di tali documenti, ivi compresi gli atti di stato civile, tra uno Stato membro e l'altro. Ne consegue che, con riguardo all'autonomo profilo dell'efficacia da attribuire ad un documento pubblico straniero, il regolamento deve essere coordinato con le normative di diritto internazionale privato, *in primis* quelle settoriali a livello europeo e internazionale, in quanto applicabili, e, in via residuale, quelle nazionali, a seconda delle materie ad oggetto dell'atto in esame che vengono in rilievo, di volta in volta, nel caso di specie.

Focalizzando l'attenzione sulle fonti di diritto dell'Unione, in via preliminare è utile precisare che lo stesso regolamento 2016/1191 contiene una norma generale (art. 17, par. 1) volta a definire i rapporti, nel senso della non interferenza, con le disposizioni sulla legalizzazione, o formalità analoghe, contenute in altri atti UE. In effetti, gli strumenti di cooperazione giudiziaria civile adottati, nel corso degli anni, sulla base giuridica di cui all'art. 81 TFUE prevedono, di norma, un'esenzione dal procedimento di legalizzazione per gli atti che rientrano nei rispettivi ambiti di applicazione (le pronunce giurisdizionali, innanzitutto, ma anche gli atti pubblici e gli accordi che hanno acquisito, in misura sempre maggiore, un rilievo autonomo, in particolare con l'entrata in applicazione del già citato regolamento Bruxelles II-ter), la quale continuerà quindi ad applicarsi restando impregiudicata dal regolamento sui documenti pubblici⁸¹. A differenza di quest'ultimo, i regolamenti UE a carattere settoriale disciplinano anche l'aspetto ulteriore che qui interessa, vale a dire il riconoscimento degli effetti, tra gli Stati membri, delle situazioni giuridiche soggettive che costituiscono il contenuto di quelle pronunce, o di quegli atti pubblici e accordi, rientranti nei rispettivi ambiti di applicazione. Particolarmente rilevante, in tale prospettiva, è il regolamento Bruxelles II-ter (come, precedentemente, Bruxelles II-bis) che «incrocia» le materie ad oggetto del regolamento 2016/1191 con riferimento all'evento di stato civile del divorzio, della separazione personale e dell'annullamento del matrimonio. Risulta pertanto possibile, in forza del regolamento Bruxelles II-ter, permettere la circolazione dello *status* personale di divorziato/a, o separato/a, contenuto in una decisione oppure (e con frequenza crescente) in un atto pubblico o accordo come definiti all'art. 2, par. 2, nn. 2-3 dello stesso⁸².

⁸⁰ Cfr. COM(2013) 228 definitivo, cit., p. 10 e anche p. 6 per la netta distinzione tra l'obiettivo del libro verde del 2010 «di accertare l'autenticità dei documenti pubblici», cui la proposta del 2013 fa seguito, e quello del «riconoscimento degli effetti dei documenti pubblici tra gli Stati membri», che invece la stessa non affronta.

⁸¹ Come chiarisce il considerando 44 del regolamento, citando ad esempio il regolamento (CE) n. 2201/2003 (rinvio da leggersi attualmente anche al successivo regolamento (UE) 2019/1111). V. anche M. FONT I MAS, *El ejercicio de la libre circulación*, cit., p. 206.

⁸² Sul punto è interessante menzionare, seppure si tratta di un profilo non rientrante nell'ambito di indagine più limitato di questo contributo, che un accordo di separazione o divorzio concluso dinanzi all'ufficiale di stato civile secondo le previsioni dell'art. 12 della [legge 10 novembre 2014, n. 162](#) (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo

Considerazioni parzialmente diverse, ma solo *de iure condendo*, possono essere svolte con riferimento ai documenti pubblici relativi alla filiazione. Attualmente essi rientrano, come visto, nel campo di applicazione del regolamento 2016/1191, e quindi beneficiano del regime semplificato sotto il profilo della loro autenticità, ma per quanto concerne il riconoscimento dei relativi effetti giuridici, la materia della filiazione risulta, invece, tra quelle escluse dal regolamento Bruxelles II-ter⁸³. In considerazione di tale quadro normativo, e nella consapevolezza dell'importanza dell'obiettivo di garantire la continuità transfrontaliera dello *status filiationis* validamente costituito in uno Stato membro non solo per l'esercizio dei diritti di libera circolazione⁸⁴, ma anche per tutti gli ulteriori fini (ad esempio in materia di successioni, o di obbligazioni alimentari), la Commissione europea ha proposto, il 7 dicembre 2022, un regolamento finalizzato a creare un regime uniforme in materia di giurisdizione e legge applicabile alla filiazione caratterizzata da elementi di estraneità, nonché di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni e di accettazione degli atti pubblici in questo ambito, cui si aggiunge la creazione di un certificato europeo sulla genitorialità⁸⁵. Per quanto rileva in questa sede, tale proposta di regolamento mira ad introdurre, con riferimento ad un aspetto propriamente rientrante nello stato civile, una regolamentazione che, in un unico atto, disciplini la circolazione di documenti pubblici relativi alla filiazione (in particolare, certificati e atti di nascita) tanto sotto il profilo della loro autenticità, quanto dell'efficacia loro riconosciuta in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stati formati. Si tratta, come è evidente, di un intento particolarmente ambizioso, in una materia che può rivestire un impatto significativo anche rispetto al diritto sostanziale di famiglia, che rimane di dominio riservato degli Stati membri, e rispetto al quale appare prematuro ipotizzare gli

civile) è stato ritenuto, dalla Corte di giustizia, come una «decisione» ai sensi del regolamento Bruxelles II-bis (e, attualmente Bruxelles II-ter), con applicazione del relativo regime di riconoscimento ed esecuzione, in considerazione dello svolgimento, da parte di un'autorità pubblica, di un esame di merito effettuato conformemente al diritto e alle procedure nazionali: cfr. sentenza del 15 novembre 2022, [causa C-646/20](#), *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, EU:C:2022:879.

⁸³ Si ricorda, secondo quanto già precisato *supra*, par. 3.1, che la filiazione costituisce aspetto distinto dall'attribuzione della responsabilità genitoriale, disciplinata dal regolamento Bruxelles II-ter unitamente al suo esercizio, delega e revoca (cfr. art. 1, par. 1, lett. b, di tale atto).

⁸⁴ Si tratta di un aspetto già chiarito dalla Corte di giustizia (Grande Sezione) nella sentenza del 14 dicembre 2021, [causa C-490/20](#), *Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"*, EU:C:2021:1008, in cui si è affermato che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere lo *status* di figlio per permettere ad un minore, cittadino dell'Unione, di esercitare liberamente, con ciascuno dei genitori, il diritto di spostarsi e risiedere in un altro Stato membro, con ciò essendo altresì necessario che a ciascun genitore sia rilasciato un documento che gli consenta di circolare con il minore. Sul tema, che non è possibile approfondire ulteriormente in questa sede, v., per tutti, M.C. BARUFFI, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, pp. 13-34.

⁸⁵ *Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, [COM\(2022\) 695 final](#) del 7 dicembre 2022. La proposta è stata preceduta da ampi lavori preparatori, che possono essere consultati a [questa pagina](#) sul sito della Commissione europea; si veda, inoltre, il comunicato stampa *Equality package: Commission proposes new rules for the recognition of parenthood between Member States*, [IP/22/7509](#).

sviluppi nel corso della procedura legislativa. Ciononostante, si ritiene di sottolinearne la portata innovativa, almeno potenziale, quanto alla compiuta realizzazione, tramite una misura legislativa di cooperazione giudiziaria, di quell'obiettivo del riconoscimento degli effetti di alcuni documenti di stato civile, enunciato dal già ricordato libro verde del 2010, volto ad attribuire ad uno *status* personale le stesse conseguenze giuridiche in tutto il territorio dell'Unione.

5. Considerazioni conclusive.

Dall'analisi, sin qui svolta, della portata applicativa del regolamento 2016/1191 è emersa la valenza, seppur in chiave accessoria, della semplificazione delle modalità per la presentazione dei documenti pubblici tra gli Stati membri al fine di facilitare l'esercizio del diritto di circolazione e soggiorno all'interno dell'Unione di cui all'art. 21 TFUE. Il sistema previsto dal regolamento permette, infatti, di superare eventuali ostacoli burocratici che possono porsi nella vita quotidiana, tanto nella sfera personale quanto lavorativa, tuttavia anche questo strumento, al pari dei regolamenti UE di diritto internazionale privato ai quali si affianca e convive nei termini che sono stati illustrati, richiede un ulteriore sforzo da parte degli Stati membri nella realizzazione di un'effettiva cooperazione, pienamente informata al principio di mutua fiducia.

Al contempo, non si può non rilevare come il legislatore europeo, nell'adozione del regolamento, abbia effettuato talune scelte di natura «minimalista» rispetto a vari profili del relativo ambito materiale, come sottolineato nei precedenti paragrafi, con la conseguenza che questo atto, in concreto, non risulta di «diffusa e capillare applicazione, come sarebbe stato auspicabile»⁸⁶. Ciò potrebbe, forse, costituire motivo di riflessione nel contesto del riesame dello strumento, sia per quanto riguarda una possibile revisione sotto aspetti specifici, sia sull'opportunità di ampliarne, più in generale, l'ambito di applicabilità. L'art. 26 del regolamento prevede differenti scadenze temporali per effettuare questa valutazione⁸⁷, con riferimento, tra l'altro, all'inclusione di documenti pubblici in materie diverse da quelle già elencate nell'art. 2, di documenti pubblici relativi allo *status* giuridico e alla rappresentanza di una società o altra impresa, di diplomi, certificati e prove di altre qualificazioni formali, di documenti pubblici attestanti disabilità ufficialmente riconosciute. Si tratta di ambiti che erano già stati presi in considerazione dalla Commissione in sede di proposta, ma poi eliminati, come detto, dal testo definitivo. Rimane il fatto che una simile operazione, soprattutto con riguardo a taluni dei profili

⁸⁶ Così R. CALVIGIONI, *Il Regolamento UE 2016/1191: la semplificazione dei documenti pubblici*, cit., p. 19. Analogamente, v. anche T. STIGARI, *La legalizzazione nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 11-12.

⁸⁷ Per quanto riguarda, in particolare, gli ambiti oggetto di riesame citati dall'art. 26, par. 2, si segnala che la relativa relazione della Commissione avrebbe dovuto essere presentata entro il 16 febbraio 2021, ma non risulta al momento pubblicata: cfr. anche G. CARDACI, A. SCHUSTER, *Manuale pratico*, cit., p. 42.

menzionati, comporterebbe in realtà un ripensamento della base giuridica del regolamento stesso, ora fondato esclusivamente sull'art. 21, par. 2 TFUE.

In ogni caso, la circolazione dei documenti pubblici resa possibile tramite il regolamento, almeno sotto il profilo della loro autenticità, rappresenta un primo, ma imprescindibile, tassello per un effettivo funzionamento del mercato interno dell'Unione europea senza confini, in attesa degli ulteriori sviluppi legislativi anche sotto il profilo del riconoscimento reciproco degli *status* personali e familiari, nei limiti consentiti dalle competenze (attualmente) attribuite.

ABSTRACT: Il contributo tratta dell'applicazione del regolamento (UE) 2016/1191, che ha introdotto misure di semplificazione delle formalità richieste per la circolazione dei documenti pubblici tra gli Stati membri dell'Unione. Muovendo da un'analisi relativa, in particolare, al suo ambito materiale e ai rapporti con altre fonti di diritto internazionale e dell'UE, sono sviluppate alcune riflessioni in merito alla realizzazione dell'obiettivo del regolamento di favorire la libera circolazione all'interno dell'Unione e ai possibili sviluppi futuri.

PAROLE CHIAVE: regolamento (UE) 2016/1191; documenti pubblici; ambito materiale; rapporti con altri strumenti; libera circolazione.

The application of the EU Regulation on public documents and its possible future developments

ABSTRACT: The paper addresses the application of Regulation (EU) 2016/1191, which has introduced measures of simplification of the requirements for the circulation of public documents among EU Member States. Starting from an analysis focused on its material scope and the relationship with other international and EU instruments, some considerations are drawn with regard to the realisation of the Regulation's objective to facilitate the free movement within the EU and possible future developments.

KEYWORDS: Regulation (EU) 2016/1191; public documents; material scope of application; relationship with other instruments; free movement.

L'introduzione delle CACs *single-limb* nei titoli di Stato dell'eurozona: la tutela del bilancio a danno degli investitori?

Alessio Scaffidi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ristrutturazione del debito sovrano, ovvero una *accepted international practice*. – 3. Le clausole di azione collettiva. – 4. La ristrutturazione del debito in assenza di CACs. – 5. La crisi del debito sovrano all'interno dell'eurozona. – 6. L'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità. – 7. Il Meccanismo europeo di stabilità e le clausole di azione collettiva. – 8. Un percorso di riforma tortuoso. – 9. La previsione delle clausole *single-limb* all'interno del riformato MES: dubbi e prospettive – 10. Cenni conclusivi.

1. Introduzione.

La crisi economico-finanziaria del 2008, unitamente alle politiche di austerità che in essa hanno trovato la propria scaturigine, hanno profondamente scosso tanto la tenuta dell'Unione europea, quanto la vita dei suoi cittadini. A distanza di oltre un decennio, apparentemente consapevoli dei gravi errori commessi in tale occasione¹, le istituzioni europee hanno deciso di rispondere alla nuova crisi deflagrata sulla scena globale² con provvedimenti tesi a perseguire valori europei, quali quelli della solidarietà e della resilienza, difficilmente (o comunque non sempre chiaramente) conciliabili con il pareggio di bilancio.

Il carattere espansivo del *Next Generation EU*, del *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP) e del programma *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (SURE) è, difatti, del tutto evidente; per contro, quello che appare molto meno lampante è la capacità delle suddette misure di rappresentare un duraturo e definitivo cambio di rotta nel quadro della politica economica e monetaria dell'Unione³. Un *vulnus*

* Dottore di ricerca in Diritto e istituzioni economico-sociali: profili normativi, organizzativi e storico-evolutivi, Università degli Studi di Napoli «Parthenope».

¹ Cfr., in particolare, COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Trarre insegnamento dal passato per evitare il rigore delle politiche di austerità nell'UE*, 2018, p. 10, reperibile [online](#): «Nelle crisi future, al posto di politiche di austerità restrittive, le istituzioni dell'UE dovrebbero invece attuare politiche che perseguano la cooperazione economica, la crescita e la solidarietà»; J.C. JUNCKER, *Statements for the 20th Anniversary of the Euro*, reperibile [online](#): «Non siamo stati sufficientemente solidali con la Grecia e con i greci durante la crisi del debito. [...] C'è stata dell'austerità avventata».

² I. e. la crisi economica innescata dal diffondersi della pandemia di Covid-19. Sul punto, *ex multis*, cfr. CONSOB, *La crisi da Covid-19. Dalla crisi sanitaria alla crisi economica*, 2020, reperibile [online](#).

³ Cfr., *ex multis*, T. TESCHE, *Pandemic Politics: The European Union in Times of the Coronavirus Emergency*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, pp. 480-496; J.E. FERNÁNDEZ, *A Critical Analysis on the European Union's Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, in *European Papers*, 2020, pp. 1399-1423, reperibile [online](#).

questo che emerge chiaramente dall'esame di alcuni provvedimenti coevi rispetto a quelli finora citati, ma ad essi potenzialmente antitetici e, soprattutto, a differenza dei primi, di natura non temporanea.

In particolar modo, si intende far qui riferimento alla tanto discussa riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (TMES)⁴ e, nello specifico, all'incidenza che essa avrà sui titoli di Stato dell'eurozona. Invero, la recente revisione del TMES ha introdotto, tra le varie novità, rilevanti modifiche in tema di clausole d'azione collettiva e, dunque, in materia di *Private Sector Involvement* (PSI)⁵. Più nel dettaglio, il riformato art. 12 TMES prevede l'inserimento di clausole d'azione collettiva con approvazione a maggioranza unica (le cc.dd. CACs *single-limb*) nei titoli di Stato della zona euro di nuova emissione e con scadenza superiore ad un anno. Viene così sancito, all'interno dell'eurozona, il definitivo passaggio dalle CACs *double-limb* a quelle *single-limb*, ovvero dalle clausole «a doppia maggioranza» a quelle «a maggioranza singola».

A ben vedere, però, questa innovazione presta il fianco almeno a due rilevanti criticità: *in primis*, l'introduzione delle CACs *single-limb* sembra confermare che la ristrutturazione del debito, pur non essendo formalmente prevista dal TMES come condizione per l'ottenimento dell'assistenza finanziaria, è *de facto* un suo presupposto quasi automatico; *in secundis*, il superamento della doppia maggioranza (*rectius*, della votazione per serie di obbligazioni⁶) rischia di esporre a vuoti di tutela i creditori minoritari, solitamente riconducibili alla categoria degli investitori al dettaglio.

Muovendo allora da siffatto stato dell'arte, dopo una ricognizione della prassi europea ed internazionale in materia di clausole di azione collettiva, il contributo si prefigge l'obiettivo di identificare potenziali correttivi alla struttura delle CACs *single-limb*, al fine sia di realizzare un equilibrio tra tutela del bilancio e tutela degli investitori, sia di conformare gli strumenti permanenti di *governance* economica alla *ratio* solidaristica caratterizzante le misure pandemiche.

D'altronde, proprio la temporaneità dell'economia pandemica, così come lo scoppio del conflitto bellico tra Russia ed Ucraina⁷, obbligano l'Unione a prepararsi adeguatamente ad una purtroppo non improbabile nuova crisi dei debiti sovrani.

⁴ T/ESM 2012, il cui testo ufficiale è reperibile [online](#).

⁵ Cfr. IMF, *Factsheet - The IMF and the Private Sector*, 2001, p. 1: «The term “private sector involvement” is generally understood to refer to measures to “bail in” private creditors in the context of the resolution of a sovereign debt crisis. Measures may include rescheduling/reprofiling and restructuring. It is generally of a voluntary nature and the result of a collaborative approach between borrowers and lenders». Sul punto si veda anche D. SCHWARZER, S. COLLIGNON, *Private Sector Involvement in the Euro: The Power of Ideas*, London, 2003.

⁶ *Amplius, infra*.

⁷ Conflitto iniziato nel febbraio del 2014 e – dopo un periodo di stasi apparente – acuitosi nel febbraio 2022 a seguito dell'invasione russa di gran parte del territorio ucraino. Per una prima analisi degli effetti che la guerra avrà sulla struttura e sulla *governance* dell'economia europea cfr. *Informal meeting of the Heads of State or Government, Versailles Declaration*, 10 e 11 marzo 2022 (reperibile [online](#)), nella

2. La ristrutturazione del debito sovrano, ovvero una *accepted international practice*.

Le ragioni che spingono gli Stati ad indebitarsi sono numerose, dallo stimolo fiscale, al rilancio dell'economia nazionale, dalla copertura del *deficit* di bilancio, al rifinanziamento dei debiti⁸. Secondo l'opinione maggioritaria, due sono le principali forme di assunzione di debito da parte dei governi: i titoli di debito (ovvero i cc.dd. «titoli di Stato» o «obbligazioni sovrane») ed i prestiti; i primi si differenziano dai secondi per essere commerciabili, e dunque ontologicamente predisposti a circolare, mentre più rare e complesse sono le vicende che possono condurre alla mutazione soggettiva del lato attivo dei secondi. Anche in ragione di tale maggiore negoziabilità le obbligazioni sovrane rappresentano per gli Stati la forma più comune di debito. Esse, nello specifico, attribuiscono al loro possessore il diritto di riscuotere, ad una predeterminata scadenza⁹, il capitale nominale indicato sul titolo (in valuta locale o estera)¹⁰.

Nell'area euro i titoli di Stato sono tipicamente emessi dagli uffici nazionali di gestione del debito e scambiati attraverso un'asta pubblica sul mercato c.d. primario. A tali aste possono partecipare solo i *primary dealers*, ovvero intermediari finanziari in possesso di specifici requisiti patrimoniali e professionali¹¹. Gli operatori primari sono il collegamento cruciale tra il mercato primario e quello secondario e ricevono una compensazione per i loro servizi e per l'assunzione del rischio attraverso lo *spread* che applicano. Una volta sottoscritti sul mercato primario, difatti, gli strumenti finanziari già in circolazione vengono scambiati tra *primary dealers* e privati, così come direttamente tra privati, sul c.d. mercato secondario¹².

quale si afferma, tra l'altro, che «Russia's war of aggression constitutes a tectonic shift in European history». Non stupisce, dunque, che anche le riflessioni contenute nella sezione dedicata all'economia del report conclusivo della Conferenza sul futuro dell'Europa prendano le mosse dal contesto pandemico e bellico attuale, cfr. *Conference on the Future of Europe, Report on the final outcome*, maggio 2022, pp. 53 e ss., reperibile [online](#).

⁸ EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, 2019, p. 2, reperibile [online](#).

⁹ Si è soliti distinguere tra titoli: a breve termine con una scadenza intorno ai dodici mesi; a medio termine, con una scadenza dai due ai dieci anni; a lungo termine, con una scadenza superiore ai dieci anni. Sul punto cfr. L. REITER, *Instruments of Short- and Medium-Term Financing: On Financing and Capital*, München, 2019, p. 4 ss.

¹⁰ Solitamente il valore nominale del titolo è in una delle cc.dd. valute di riserva internazionale, ovvero dollaro USA, euro, franco svizzero, lira sterlina.

¹¹ Gli intermediari che intendono operare in qualità di *primary dealer* (solitamente si tratta di banche) devono possedere determinati requisiti patrimoniali, operativi e professionali e devono essere iscritti ad un apposito albo tenuto dalla autorità nazionali di gestione del mercato. Essi si impegnano a formulare in via continuativa, a prezzi competitivi ed entro un determinato *spread bid-ask* (differenza tra il prezzo *bid* e il prezzo *ask* praticato da un *dealer*: il prezzo *bid* è il prezzo al quale il *dealer* è disposto ad acquistare uno strumento finanziario; il prezzo *ask* è quello al quale il *dealer* è disposto a vendere uno strumento finanziario), offerte di acquisto e di vendita su un insieme di titoli di Stato. L'elenco degli operatori primari suddivisi per Stato è reperibile [online](#).

¹² Sul punto cfr. il sito <https://www.consob.it/web/investor-education/i-mercati-finanziari>.

Orbene, in circostanze normali e con l'aiuto di una prudente politica di gestione delle finanze pubbliche, uno Stato dovrebbe essere in grado di servire i propri debiti¹³. Non di rado, tuttavia, è possibile che per un'ampia serie di ragioni lo Stato non possa ripagare una parte o addirittura la totalità del debito, vedendosi così costretto, nella maggior parte dei casi, a «ristrutturare» la propria esposizione verso i creditori, cioè a scambiare le vecchie obbligazioni con delle nuove compatibili con la propria capacità di rimborso (perché, ad esempio, le nuove obbligazioni avranno un valore e/o una scadenza diversi e più favorevoli rispetto alle originarie)¹⁴.

È dunque una *accepted international practice*¹⁵ che gli Stati entrino in trattativa con i propri creditori per concordare i termini della ristrutturazione. Difatti, per entrambe le parti tale procedura, se svolta rapidamente, può costituire un vantaggio (o quanto meno un minor danno); in particolare, una ristrutturazione fluida e tempestiva può creare le condizioni necessarie affinché lo Stato superi la crisi e metta le proprie finanze su un percorso più sostenibile; allo stesso modo, anche i creditori hanno evidenti interessi a che le condizioni dello Stato non si deteriorino eccessivamente. Per contro, una ristrutturazione lenta e caotica comporta solitamente per lo Stato un danno di reputazione e la perdita di accesso ai mercati internazionali dei capitali¹⁶, mentre per i creditori la perdita parziale o totale dell'investimento iniziale.

A discapito, però, di tale apparente comunione di interessi, i creditori non agiscono quasi mai come una categoria unitaria; alcuni di essi, ad esempio, di sovente optano per non partecipare alla ristrutturazione, auspicando così di recuperare i propri crediti per intero (o comunque in misura maggiore). La *ratio* che giustifica tale comportamento risiede nel fatto che se lo Stato debitore riceve una riduzione del debito dalla maggioranza

¹³ È quanto suggerito dal Fondo monetario internazionale nell'opera *Revised Guidelines for Public Debt Management*, 2014, p. 4, reperibile [online](#).

¹⁴ Sul punto cfr. G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, pp. 343-402, p. 355: «The “restructuring mechanism” consists, in the end, in an exchange of old bonds with new bonds, which are within the sovereign’s ability to repay. The offer, however, is structured in a way as to render the old bonds less attractive and the new bonds more convenient. By way of example, while the old bonds are amended so as to include worse legal conditions, the new bonds may include better legal conditions and/or upfront payments for investors that accept the exchange (by way of example, Uruguay in 2003 amended the cross-default clause, the cross-acceleration clause and the waiver to immunity clause so that repayment of new bonds could not be challenged by the hold-out creditors)». Più in generale, cfr. S. PATERSON, A. KORNBERG, R. OLIVARES-CAMINAL, *Debt Restructuring*, Oxford, 2016.

¹⁵ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, cit., p. 3. Sul punto si veda anche T. STRICKLAND, *Sovereign Debt Restructuring: Recent Issues and Reforms*, in *Bulletin of the Reserve Bank of Australia*, December 2014, pp. 73-79, a p. 73: «[From 2004 to 2014], 14 countries have undertaken a total of 18 debt restructurings. These countries are Argentina (2005, 2010), Belize (2007, 2013), Cameroon (2005), Dominica (2004), Dominican Republic (2005), Ecuador (2009), Greece (2012), Grenada (2005), Côte d’Ivoire (2010, 2012), Jamaica (2010, 2013), Nicaragua (2008), Paraguay (2004), Seychelles (2010), and St Kitts and Nevis (2012)».

¹⁶ Essendo evidente che lo Stato non è più in grado di ripagare il proprio debito, è praticamente impossibile che si presentino investitori pronti ad acquistare nuovi titoli. È in questa evenienza che solitamente gli Stati fanno ricorso al Fondo monetario internazionale ed al Meccanismo europeo di stabilità.

dei creditori, le sue finanze possono – teoricamente – ripagare completamente i crediti di quanti hanno rifiutato di prender parte alla ristrutturazione (di solito minacciando contestualmente di adire le vie legali¹⁷). Mentre, quindi, è nell'interesse di tutti i creditori partecipare alla ristrutturazione del debito, dal punto di vista del singolo creditore il miglior risultato è che solo (tutti) gli altri creditori partecipino alla ristrutturazione.

È evidente, allora, che siffatti creditori, detti anche *holdout creditors*, possono causare i seguenti problemi: *i*) se presenti in ampio numero, essi possono bloccare la ristrutturazione o diminuirne il valore in modo significativo; *ii*) se ripagati per intero, possono creare incentivi per nuovi *holdout* nelle ristrutturazioni future; *iii*) se non vengono pagati, possono costituire una minaccia continua di controversie per il debitore sovrano.

Sulla base di tali elementi, studiosi ed esperti discutono quindi da tempo sui possibili modi di affrontare l'insolvenza degli Stati e, in particolare, sugli strumenti utili ad una ristrutturazione organizzata, fluida e rapida dei debiti sovrani. A tal scopo, diverse risultano essere le teorie prospettate; in passato molte ristrutturazioni – specialmente nei paesi dell'America latina¹⁸ – sono state realizzate attraverso «soluzioni basate sul mercato», ovvero lo stesso Stato prendeva autonomamente l'iniziativa di ridurre lo *stock* del proprio debito o riacquistandolo a prezzi scontati, o scambiando prestiti bancari con valuta locale da reinvestire in azioni nazionali (c.d. *debt-equity swap*¹⁹), o scambiando le obbligazioni preesistenti con i cc.dd. *exit bonds*, ovvero titoli con valore nominale o interessi più bassi²⁰.

Numerosi esperti, invece, sostengono la necessità di una *statutory solution* consistente nella creazione di un meccanismo internazionale permanente di

¹⁷ Invero, i creditori *holdout* possono tentare di recuperare i propri crediti intraprendendo un'azione legale presso i tribunali dello Stato il cui diritto regola le obbligazioni sovrane (è utile ricordare che i contratti obbligazionari possono essere regolati o dal diritto dello Stato emettente o da un ordinamento straniero, di solito quello degli Stati Uniti o del Regno Unito in quanto principali centri finanziari mondiali). Senza dimenticare, poi, il caso estremo dei cc.dd. *vulture funds* (o fondi avvoltoio) i quali utilizzano la minaccia del contenzioso quale vera e propria strategia di investimento. Essi, infatti, acquistano obbligazioni sovrane in difficoltà sul mercato secondario a prezzi scontati (ad esempio al 70 per cento del valore nominale), con l'obiettivo di intentare una causa per ottenerne il pieno valore nominale; sul punto cfr. D. SOOKUN, *Stop Vulture Fund Lawsuits: A Handbook*, London, 2010; M. MEGLIANI, *Debitori sovrani e obbligazionisti esteri*, Milano, 2009, p. 136 ss. Molti Stati hanno poi adottato specifiche norme nazionali al fine di proteggere il proprio debito sovrano dai suddetti fondi, cfr. A. VITERBO, *Sovereign Debt Restructuring: The Role and Limits of Public International Law*, Milano, 2020, p. 22.

¹⁸ K. ROGOFF, J. ZETTELMEYER, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001*, in *IMF Staff Papers*, 2002, pp. 470-507, a p. 476) affermano: «Market-based schemes enjoyed considerable popularity in the late 1980s and were tried in several countries (buybacks in Bolivia and Brazil, debt-equity swaps in Argentina, Brazil, Chile, and Mexico, and exit bonds in Mexico and Argentina)».

¹⁹ Cfr. S. CHATTERJI, P. HEDGES, *Loan Workouts and Debt for Equity Swaps*, New York, 2002; S. FRIEDRICH, *Debt-Equity-Swap*, München, 2010; J. BERGSMAN, W. EDISIS, *Debt-equity Swaps and Foreign Direct Investment in Latin America*, Washington, 1989.

²⁰ Cfr. J.E. STIGLITZ, D. HETMANN, *Life After Debt: The Origins and Resolutions of Debt Crisis*, New York, 2014; K.A. FROOT, *Buybacks, Exit Bonds and the Optimality of Debt and Liquidity Relief*, in *International Economic Review*, 1989, pp. 49-70.

ristrutturazione del debito²¹, con annessa predisposizione di «a kind of international bankruptcy procedure»²².

Infine, la dottrina maggioritaria propende per le cc.dd. «soluzioni basate sul contratto»²³. A parere dei sostenitori di tale tesi, lo strumento migliore per risolvere in maniera ordinata le ristrutturazioni non può che essere lo stesso contratto di acquisto del titolo sovrano, nel senso cioè che è compito delle parti contraenti includere nei contratti obbligazionari clausole che possano facilitare la ristrutturazione del debito. Tra le soluzioni di questo tipo figurano certamente le già citate clausole di azione collettiva, le quali consentono ad una maggioranza qualificata di investitori in obbligazioni sovrane di modificare i termini e le condizioni di pagamento in maniera giuridicamente vincolante per tutti i detentori dello stesso titolo.

La situazione attuale vede *de facto* una predominanza delle soluzioni basate sul contratto e non perché queste siano la migliore opzione possibile – esse, come si vedrà, mostrano svariate inefficienze – ma soltanto perché, almeno per il momento, appaiono come l'unica via percorribile. Infatti, se da un lato, in ragione dei loro scarsi risultati²⁴, le soluzioni basate sul mercato hanno perso negli anni la loro popolarità, dall'altro, nonostante le numerose proposte avanzate, nessun consenso è stato mai raggiunto dagli Stati sulla creazione di un meccanismo internazionale permanente di ristrutturazione del debito²⁵.

3. Le clausole di azione collettiva.

²¹ Cfr. A. VITERBO, *Sovereign Debt Restructuring*, cit., p. 22 ss.

²² G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, cit., p. 344.

²³ Cfr. S. LANAU, *The contractual approach to sovereign debt restructuring*, in *Bank of England - Working Paper*, 2011, n. 409, p. 5 ss, reperibile [online](#).

²⁴ K. ROGOFF, J. ZETTELMEYER, *Bankruptcy Procedures for Sovereigns: A History of Ideas, 1976-2001*, cit., p. 477, hanno evidenziato che le soluzioni basate sul mercato: 1) hanno beneficiato principalmente i creditori e non i debitori; 2) hanno aumentato le probabilità dei *holdout creditors* di ottenere un rimborso superiore rispetto agli altri creditori; 3) non hanno mai ottenuto una riduzione del debito su larga scala.

²⁵ Sul punto va inoltre ricordato che nel 2002 lo stesso Fondo Monetario Internazionale (FMI) aveva avanzato la proposta di un *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* (SDRM) la quale, tuttavia, non raccolse il necessario consenso tra gli Stati membri, cfr. A.O. KRUEGER, *A New Approach to Sovereign Debt Restructuring*, Washington, 2002, p. 4: «The objective of an SDRM is to facilitate the orderly, predictable, and rapid restructuring of unsustainable sovereign debt, while protecting asset values and creditors' rights. If appropriately designed and implemented, such a mechanism could help to reduce the costs of a restructuring for sovereign debtors and their creditors, and contribute to the efficiency of international capital markets more generally. Use of the mechanism would be for the debtor country to request; and not for the IMF or creditors to impose. If the debtor and creditors were able to agree a restructuring between themselves, they would of course be free to do so without having to invoke the mechanism. Indeed, the intention is that the existence of a predictable legal mechanism will in itself help debtors and creditors to reach agreement without the need for formal activation».

Come già anticipato, le CACs sono clausole inserite nei contratti obbligazionari che tipicamente permettono ad una «supermaggioranza» di investitori²⁶ di modificare i termini di pagamento essenziali – come l'ammontare del capitale dovuto, il tasso di interesse, le scadenze – dei titoli in loro possesso²⁷.

Le CACs possono avere caratteristiche differenti distinguendosi, tuttavia, principalmente in ragione delle procedure di voto necessarie per attivarle²⁸. Le clausole di azione collettiva «classiche», dette anche *bond-by-bond*, operano per serie di obbligazioni, ovvero le modifiche ai termini dei titoli interessano solo una serie specifica di valori mobiliari. Di conseguenza, una maggioranza qualificata di creditori, solitamente il 75 per cento del capitale in circolazione ricadente in quella specifica serie di obbligazioni, è autorizzata a vincolare alle nuove condizioni anche la minoranza dei creditori eventualmente contraria. È facile allora comprendere che, se lo Stato debitore intende ristrutturare più di una serie di obbligazioni, è necessario raggiungere la «supermaggioranza» dei creditori in ognuna di esse.

L'esperienza ha però dimostrato come questo tipo di CACs non assicuri una protezione completa contro le azioni dei creditori *holdout*, dato che quest'ultimi possono facilmente guadagnare una posizione di blocco nella serie oggetto di votazione, ostacolando così l'intero processo di ristrutturazione del debito.

Una seconda tipologia di *Collective Action Clauses* è quella delle CACs cosiddette *double-limb* per le quali occorre raggiungere una maggioranza qualificata sia a livello di serie singola, sia a livello complessivo di capitale da ristrutturare, cioè sul valore aggregato di tutte le serie soggette alla ristrutturazione²⁹. Solitamente le CACs *double-limb* richiedono nelle singole serie una maggioranza qualificata inferiore rispetto alle

²⁶ Al riguardo si veda J. DEY, *Collective Action Clauses Sovereign Bondholders Cornered*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2009, pp. 485-530, a p. 502, il quale definisce una *supermajority* come «some percentage of creditors higher than a simple “greater-than fifty-percent” majority». Tali clausole, dunque, consistono in una deroga alla regola dell'unanimità del consenso la quale può ostacolare la ristrutturazione del debito e aprire la strada a comportamenti opportunistici dei creditori *hold-out*.

²⁷ In tema di CACs si vedano, *ex multis*, oltre ai testi già citati: F. PRENESTINI, *Principio di maggioranza e autonomia negoziale nell'assemblea degli obbligazionisti*, Roma, 2021; K. CHUNG, M.G. PAPAIOANNOU, *Do Enhanced Collective Action Clauses Affect Sovereign Borrowing Costs?*, in *IMF Working Paper*, 7 August 2020, reperibile [online](#); M.C. WEIDEMAIER, G.M. GULATI, *A People's History of Collective Action Clauses*, in *Virginia Journal of International Law*, 2014, pp. 1-95; R.B. AHDIEH, *Between Mandate and Market: Contract Transition in the Shadow of the International Order*, in *Emory Law Journal*, 2004, pp. 691-762.

²⁸ C. FANG, J. SCHUMACHER, C. TREBESCH, *Restructuring Sovereign Bonds: Holdouts, Haircuts and Effectiveness of CACs (paper presented at the 20th Jacques Polak Annual Research Conference IMF, November 7-8, 2019)*; A. GELPERN, B. HELLER, B. SETSER, *Count the Limbs: Designing Robust Aggregation Clauses in Sovereign Bonds*, in M. GUZMAN, J.A. OCAMPO, J.E. STIGLITZ (eds.), *Too Little, Too Late. The Quest to Resolve Sovereign Debt Crises*, New York, 2016, pp. 109-143; Y. LI, *Sovereign bond disputes before investment treaty tribunals: Safeguarding the exercise of collective action clauses with a single-limb voting mechanism*, in C.J. TAMS, S.W. SCHILL, R. HOFMANN (eds.), *International Investment Law and the Global Financial Architecture*, Cheltenham, 2017, p. 137.

²⁹ Cfr. N. CARBONI, *Di cosa parliamo quando parliamo di riforma del MES*, in *Enciclopedia Treccani online – Atlante di geopolitica*, 7 dicembre 2020, reperibile [online](#).

CACs *bond-by-bond* – il 66 per cento (ovvero i 2/3) del capitale in circolazione rispetto al 75 per cento – per contro la seconda soglia, quella complessiva, varia dal 75 all’85 per cento del capitale da ristrutturare. Inoltre, qualora la maggioranza qualificata sia stata raggiunta in relazione al valore complessivo del capitale da ristrutturare e solo in alcune serie, la ristrutturazione interesserà esclusivamente quest’ultime, non potendo operare anche nelle serie che si sono opposte con successo³⁰. Le CACs *double-limb* ovviamente, rappresentano uno strumento più efficace di contrasto ai comportamenti opportunistici dei creditori *holdout*; nonostante ciò, il rischio dell’insorgere di una posizione di blocco in una o più serie particolari non può del tutto escludersi³¹.

Di più recente emersione è, invece, la terza categoria di CACs, ovvero quella delle cc.dd. clausole *single-limb*³². Le CACs *single-limb* richiedono un voto unico, in cui la maggioranza (solitamente pari al 75 per cento del capitale preso in considerazione) deve essere calcolata in aggregato su tutte le serie soggette a ristrutturazione; in altri termini, le CACs *single-limb* aboliscono il voto all’interno delle singole serie, permettendo così alla *supermajority* di vincolare tutti i creditori di minoranza, indipendentemente dalla propria serie di appartenenza.

Le CACs *single-limb* facilitano, quindi, nettamente la ristrutturazione del debito. Tuttavia, anche questo tipo di CACs presenta diverse criticità: invero, dal punto di vista dei creditori dello Stato, la tutela del proprio investimento è certamente inferiore in ragione della maggior facilità con la quale il debito può essere ristrutturato; dal punto di vista dei piccoli investitori, invece, è più probabile che i detentori di ampie quote obbligazionarie possano abusare della propria forza di voto, imponendo loro condizioni discriminatorie³³.

Una volta delineati gli elementi essenziali che caratterizzano le differenti CACs è ora opportuno analizzare come esse abbiano inciso su due delle più rilevanti

³⁰ Si tratta della c.d. *partial cross-series modification*, sulla quale cfr. S. GRUND, M. STENSTRÖM, *A framework for sovereign debt restructuring in the euro area*, in *Fordham Journal of International Law*, 2018, pp. 795-845; C. HOFMANN, *Sovereign-Debt Restructuring in Europe under the New Model Collective Action Clauses*, in *Texas International Law Journal*, 2014, pp. 385-443, a pp. 404-405.

³¹ Cfr. EUROPEAN SYSTEM OF CENTRAL BANKS, *ESCB Legal Conference 2016*, 6-7 October 2016, p. 92 ss., reperibile [online](#).

³² Cfr. IMF, *Progress Report on Inclusion of Enhanced Contractual Provisions in International Sovereign Bond Contracts*, September 2015, reperibile [online](#); CLIFFORD CHANCE, *New ICMA sovereign collective action and pari passu clauses*, in *Briefing note*, October 2014, reperibile [online](#). In questo senso va anche la riforma del MES, *amplius infra*.

³³ Una possibile soluzione a quest’ultimo problema potrebbe essere quello della verifica che i termini contrattuali siano *uniformally applicable*. Secondo l’IMF, *Strengthening the contractual framework to address collective action problems in sovereign debt restructuring*, October 2014, p. 21, reperibile [online](#): «The “uniformly applicable” test is met if: (i) bondholders are offered the same new instrument or other consideration, or the identical menu of instruments or consideration; or (ii) the issuer proposes amendments to the terms and conditions of each series that would result in the amended instruments having identical provisions (other than provisions which are necessarily different, such as currency of payment)». Più in generale per un commento alle CACs *single-limb* cfr. J.P. BOHOSLAVSKY, M. GOLDMANN, *An Incremental Approach to Sovereign Debt Restructuring: Sovereign Debt Sustainability as a Principle of Public International Law*, in *The Yale Journal of International Law Online*, 2016, n. 2, pp. 13- 43, a p. 35.

ristrutturazioni recenti del debito sovrano, quella conseguente al *default* argentino del 2001 e quella relativa al debito greco. All'esito di tale analisi, sarà dunque possibile comprendere come si sia giunti alla creazione del Meccanismo europeo di stabilità ed alla previsione delle CACs *single-limb* nella sua recente riforma.

4. La ristrutturazione del debito in assenza di CACs.

Nel 2001, a seguito del rifiuto del FMI di concedere un nuovo prestito, il governo argentino dichiarava *default*, il più grande della storia mondiale fino a quel momento³⁴. L'annunciata incapacità di ripagare il proprio debito dava dunque avvio a quello che gli studiosi hanno definito «the prototype of uncertain and chaotic restructuring»³⁵ e ciò non solo per i numeri concernenti la ristrutturazione (120 miliardi di dollari di debito complessivo, espresso in sei valute differenti, suddiviso in 152 tipologie di titoli, regolati dalla normativa di otto Stati, circa 500.000 creditori sparsi in tutto il mondo³⁶), ma anche per un approccio poco collaborativo³⁷ da parte dello Stato sudamericano nei confronti dei propri creditori.

L'Argentina difatti, anche in ragione dell'assenza all'epoca di consolidate soluzioni basate sul contratto (le CACs erano ancora molto poco diffuse), ha sempre cercato di uscire dalla crisi imponendo unilateralmente le proprie condizioni ai creditori – come dimostrato dalla moratoria temporanea del 2001³⁸ – riuscendoci poi sostanzialmente con

³⁴ A ben vedere la crisi argentina affonda le proprie radici negli anni '90 quando il paese sudamericano chiese più volte assistenza finanziaria al FMI, il quale concesse i prestiti subordinandoli all'attuazione di diverse misure di *austerity*. La predisposizione di tali misure, tuttavia, ebbero l'effetto contrario facendo scivolare il paese nella recessione e causando un aumento della disoccupazione, della pressione fiscale ed una rilevante riduzione della spesa pubblica. L'Argentina, quindi, si trovò a dover chiedere un nuovo prestito al FMI il quale però, come anticipato, in questa occasione decise di non intervenire. Cfr. J. BUTENSKY, *Tango or Sirtaki? The Argentine and Greek Dance with Sovereignty and a Multilateral Sovereign Debt Restructuring Framework*, in *Boston University International Law Journal*, 2017, pp. 157-194, a p. 165.

³⁵ G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, cit., p. 345.

³⁶ Cfr. J. BUTENSKY, *Tango or Sirtaki?*, cit., p. 166; R. OLIVARES CAMINAL, *Rethinking Sovereign Debt Restructuring: Lessons from the Argentine Case*, London, 2007, p. 10 ss; THE ECONOMIST, *Argentina's debt restructuring: A victory by default?*, 3 March 2005, reperibile [online](#).

³⁷ Sul punto si veda G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, cit., p. 346, secondo il quale: «Argentina did not follow a cooperative approach».

³⁸ Si tratta di una sospensione della scadenza delle obbligazioni governative approvata nel 2001 e poi prorogata di anno in anno fino al 2016. Più in generale sullo strumento della convenzione moratoria cfr. L.M. QUATTROCCHIO, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina, in Diritto ed economia dell'impresa*, 2016, n. 1, pp. 138-159; A. NIGRO, *Gli accordi di ristrutturazione con «intermediari finanziari» e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, n. 2, pp. 1-11. A riprova dell'atteggiamento «ostile» avuto dall'Argentina, si noti anche che nel 2005, contestualmente ad una prima proposta di scambio, lo Stato sudamericano approvava la c.d. «legge di blocco» (la *Ley* 10 febbraio 2005, n. 26.017) che proibiva al governo di riaprire in futuro il processo di scambio e di offrire un accordo migliore ai creditori *holdout*, legge poi *de facto* abrogata dalla citata proposta di scambio del 2010. Sul punto cfr. R. ZAMOUR, *NML v. Argentina and the Ratable Payment Interpretation of the Pari Passu Clause*, in *The Yale Journal of International Law Online*, 2013, pp. 55-66, a p. 57.

lo scambio di obbligazioni del 2010, accettato da più del 90 per cento della platea creditoria³⁹.

L'ampia partecipazione a tale scambio, tuttavia, non ha esentato l'Argentina dalle rivendicazioni dei diversi creditori *holdout* i quali, in assenza tanto di vere e proprie soluzioni contrattuali, quanto di un meccanismo internazionale permanente di ristrutturazione dei debiti sovrani, hanno scelto di adire differenti vie legali. In primo luogo, alcuni creditori hanno avanzato le proprie richieste presso le giurisdizioni nazionali le quali, però, sono giunte a statuizioni tra loro molto distanti. In particolare, va segnalato che tra i giudici nazionali non vi è stata parità di vedute sul tema dell'immunità sovrana dell'Argentina. Se oggi infatti, dopo un lungo dibattito, l'opinione maggioritaria fa rientrare l'emissione delle obbligazioni sovrane nella categoria degli *acta iure gestionis*⁴⁰ – e dunque, di conseguenza, quando gli Stati sovrani emettono obbligazioni non sono immuni dalla giurisdizione degli altri Stati – diversi sono i punti di vista sulla natura delle misure autoritative statali che abbiano un impatto sulle condizioni delle obbligazioni, prima fra tutte la moratoria.

Emblematica al riguardo è l'ordinanza del 2005 della Corte di cassazione italiana⁴¹ con la quale i provvedimenti di moratoria del debito adottati dall'Argentina sono stati

³⁹ U.S. DAS, M.G. PAPAIOANNOU, C. TREBESCH, *Sovereign Debt Restructurings 1950–2010: Concepts, Literature Survey, and Stylized Facts*, in *IMF Working Paper*, August 2012, p. 22 ss, reperibile [online](#).

⁴⁰ Cfr. R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941, p. 343: «La funzione dell'atto pubblico di emissione delle obbligazioni concerne solo il potere costituzionale della Pubblica Amministrazione di procedere al prestito stesso, in quanto solo in base alla legge la Pubblica Amministrazione risulta autorizzata ad emettere il prestito ed a determinate condizioni, mentre non si crea nessun "rapporto autoritativo", nè "esercizio del potere statale" tra lo Stato e i suoi creditori». Sul tema si veda anche W.P. NAGAN, J.L. ROOT, *The Emerging Restrictions on Sovereign Immunity: Peremptory Norms of International Law, the U.N. Charter, and the Application of Modern Communications Theory*, in *The North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2013, pp. 375-471, a p. 407; I. QUEIROLO, *Immunità degli Stati e crisi del debito sovrano*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro*, Torino, 2013, p. 153; M.L. TUFANO, *L'immunità degli Stati: vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, pp. 681-688; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2001, p. 279. Del pari, va poi segnalato che oggi l'art. 10 della convenzione delle Nazioni Unite, del 2 dicembre 2004, sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (il cui testo, nelle lingue ufficiali, è reperibile alla [pagina dedicata](#) su *United Nations Treaty Collection*) esclude espressamente l'immunità con riferimento alle transazioni commerciali.

⁴¹ Cfr. Corte di cassazione (Sezioni Unite), [ordinanza del 27 maggio 2005, n. 11225](#), *Borri c. Repubblica argentina*. La Corte di cassazione ha fatto in particolare riferimento alla *Ley* del 6 gennaio 2002, n. 25.561, che ha dichiarato «l'emergenza pubblica in materia sociale, economica, finanziaria e cambiaria, in conformità a quanto disposto dall'art. 76 della Costituzione nazionale, delegando il Governo a procedere al riordinamento del sistema finanziario»; alla *Ley* n. 25.565, in pari data, che ha autorizzato il Ministro dell'economia a compiere ogni atto necessario al fine di «adeguare i servizi del debito pubblico alle possibilità di pagamento del Governo nazionale»; alla risoluzione del 25 aprile 2002, n. 73 che, al fine di «un ordinato processo di riprogrammazione di alcune obbligazioni e di rimborso del debito del Governo nazionale» ha disposto «il differimento, nella misura necessaria al funzionamento dello Stato nazionale, dei pagamenti dei servizi del debito pubblico del Governo nazionale fino al 31 dicembre 2002 ovvero sino a che si completi il rifinanziamento dello stesso, qualora ciò accada prima di questa data»; le leggi n. 25.725 e n. 25.820 del 2003 di proroga della delega al Governo, rispettivamente, fino al 31 dicembre 2003 ed al 31 dicembre 2004; alla legge n. 25.827 del 2003 con la quale il Parlamento ha ulteriormente disposto «il differimento dei pagamenti dei servizi del debito pubblico del Governo nazionale, contratto prima del 31

considerati atti distinti rispetto a quelli di emissione e di collocazione delle obbligazioni sul mercato internazionale, dunque espressione di sovranità e di conseguenza coperti dall'immunità. Di contrario avviso, invece, i giudici tedeschi i quali a più riprese hanno ritenuto che tali misure condividano la natura commerciale propria dell'emissione di obbligazioni⁴².

Ma con ogni probabilità la decisione più rilevante in tal senso proviene dagli Stati Uniti a conclusione del celebre caso *NML Capital c. Argentina*. Invero, con una sentenza del 2012 – poi confermata dalla Corte Suprema americana – la *Court of Appeals Second Circuit* ha riconosciuto, in base alla clausola *pari passu*⁴³, che i titoli dei creditori *holdout* dovessero esser pagati contemporaneamente alle obbligazioni ristrutturate e per la totalità del loro valore⁴⁴.

Contestualmente, un folto gruppo di obbligazionisti italiani (per lo più investitori al dettaglio), riuniti sotto la rappresentanza collettiva di alcune associazioni⁴⁵, ha tentato una

dicembre 2001 o in virtù di norme dettate prima di tale data, fino a che il Governo nazionale dichiari la conclusione del processo di ristrutturazione dello stesso».

⁴² Cfr. Landgericht Frankfurt am Main, 14. März 2003, 2-21 O 294/02; Bundesverfassungsgericht, [13. Februar 2003, 2 BvQ 3/03](#); OLG Frankfurt, 13. Juni 2006, 2006-8 U 107/03.

⁴³ Una clausola molto diffusa in ambito aziendale e che, invece, nel contesto dei debiti sovrani ha sempre suscitato perplessità; sul punto cfr. G.M. GULATI, K.N. KLEE, *Sovereign Piracy*, in *The Business Lawyer*, 2001, pp. 635-651, a p. 639: «The purpose of this clause, however, is to ensure that the borrower does not have, nor will it subsequently create, a class of creditors whose claims will rank senior in priority to the lending claims of the current creditors. In the corporate debt context, this means that no other lender will enjoy a priority in a liquidation distribution of the borrower's assets. In the sovereign debt context, where there is no liquidation, the *pari passu* clause works as a covenant by the borrower that it will not bestow a legally senior priority status on certain lenders. This protects against the temptation for the sovereign to enact laws affecting the legal ranking of creditors». Si veda anche S. CHODOS, *From the Pari Passu Discussion to the 'Illegality' of Making Payments: The case of Argentina*, in M. GUZMAN, J.A. OCAMPO, J.E. STIGLITZ (eds.), *Too Little, Too Late. The Quest to Resolve Sovereign Debt Crises*, cit., pp. 77-83; G. AFFAKI, *Revisiting the Pari Passu Clause*, in R.M. LASTRA, L.C. BUCHHEIT (eds.), *Sovereign Debt Management*, Oxford, 2014, pp. 39-48, a p. 42.

⁴⁴ Cfr. United States District Court for the Southern District of New York, *NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, No. 08-cv-6978 (S.D.N.Y. Dec. 7, 2011); United States Court of Appeals, Second Circuit, *NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, 26 October 2012, 699 F.3d 246 (2d Cir. 2012); United States Supreme Court, *NML Capital Ltd. v. Republic of Argentina*, 16 June 2014, 573 U.S. 134 (2014). Appare opportuno sottolineare che la *NML Capital Ltd.* è un fondo controllato dalla *Elliott Management Corporation* che nel 2008 acquistò numerose obbligazioni argentine sul mercato secondario a prezzi molto convenienti e con l'obiettivo di resistere a qualsiasi proposta di ristrutturazione per ottenere il rimborso dell'intero importo delle obbligazioni (oltre, ovviamente, agli interessi maturati); può parlarsi quindi, a tutti gli effetti, di un *vulture funds*. Per una ricostruzione più dettagliata della vicenda e per alcuni commenti in merito cfr.: G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, cit., p. 346; I. QUEIROLO, *Immunità degli Stati e crisi del debito sovrano*, cit., p. 164; R. ZAMOUR, *NML v. Argentina and the Ratable Payment Interpretation of the Pari Passu Clause*, cit., p. 73 ss. Per completezza non è superfluo ricordare che, in risposta alla summenzionata decisione della Corte Suprema americana, il 7 agosto 2014 l'Argentina ha depositato una *requête* contro gli Stati Uniti davanti alla Corte internazionale di giustizia. Il ricorso è stato successivamente oggetto di rinuncia all'esito della composizione extragiudiziale delle liti pendenti; cfr. S. CALDARELLI, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, Roma, 2020, p. 332 ss.

⁴⁵ Si fa qui riferimento alla *Task Force Argentina* (TFA) ed alla *North Atlantic Société d'Administration* (NASAM).

via alternativa a quella della giurisdizione nazionale avviando tre procedimenti⁴⁶ davanti all'ICSID⁴⁷. In particolare, la statuizione giunta al termine di uno dei procedimenti, il c.d. lodo *Abaclat*⁴⁸, rappresenta ancora oggi una decisione di particolare importanza, tanto da esser divenuta un precedente di grande rilievo nella storia sia dell'ICSID che, più in generale, della tutela degli investimenti internazionali.

In primo luogo, infatti, per la prima volta il Tribunale arbitrale ha enunciato l'ammissibilità di un'azione collettiva davanti all'ICSID⁴⁹, superando il silenzio sul tema da parte della relativa convenzione⁵⁰. In secondo luogo, sempre per la prima volta, il Tribunale ICSID ha dichiarato la propria competenza in caso di *default* di uno Stato per il mancato pagamento di un debito sovrano⁵¹, attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di «investimento»⁵² previsto dal combinato disposto dell'art. 1 del *Bilateral Investment Treaty* (BIT) Italia-Argentina⁵³ e dell'art. 25 della convenzione ICSID.

⁴⁶ Si tratta dei procedimenti: ICSID Case no. ARB/07/5, *Abaclat and Others v. Argentina*; ICSID Case no. ARB/08/9, *Ambiente Ufficio S.p.a. and Others v. Argentina*, ICSID Case no. ARB/07/9, *Giovanni Alemanni and Others v. Argentina*. Per una compiuta ricostruzione della vicenda processuale si veda il sito www.italaw.com.

⁴⁷ ICSID (*International Centre for the Settlement of the Investment Disputes*) è una delle istituzioni del *World Bank Group* con funzioni di conciliatore o di arbitro nelle dispute relative ad investimenti fra Stati e investitori privati esteri in applicazione di trattati bilaterali (BIT) esistenti tra i paesi interessati. Sul funzionamento dell'ICSID si veda: E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, 4^a ed., Torino, 2021, p. 101 ss.; G.M. ALVAREZ, J. FOURET, R. GERBAY, *The ICSID Convention, Regulations and Rules: A Practical Commentary*, 2019; C. BALTAG (eds.), *ICSID Convention After 50 Years: Unsettled Issues*, Alphen aan den Rijn, 2017; J. PAULSSON, N. BLACKABY, L. REED, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2011; nonché il sito ufficiale: <https://icsid.worldbank.org/>.

⁴⁸ ICSID Case no. ARB/07/5, *Abaclat and Others v. Argentina*, cit., Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011. Sulla base dei ragionamenti sviluppati in tale decisione anche i successivi due procedimenti vertenti sulla stessa questione sono stati accolti in punto di giurisdizione ed ammissibilità; cfr. ICSID Case no. ARB/08/9, *Ambiente Ufficio S.p.a. and Others v. Argentina*, cit., Decision on Jurisdiction and Admissibility, 3 February 2013; ICSID Case no. ARB/07/9, *Giovanni Alemanni and Others v. Argentina*, cit., Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 November 2014.

⁴⁹ Sul tema cfr. L. VANHONNAEKER, *Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law*, Cambridge, 2020, pp. 319 ss.; J. PERMESLY, M. CRAVEN, *Where Are We Now? Investment Treaty Arbitration, Sovereign Debt, and Mass Claims in the Post-Abaclat Era*, in *Transnational Dispute Management*, 2018, n. 1, pp. 1-19, reperibile [online](#); G. ZARRA, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Torino, 2017, p. 86 ss.

⁵⁰ Si tratta della convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini d'altri Stati, adottata a Washington il 18 marzo 1965 (il cui testo, nelle lingue ufficiali, è reperibile alla [pagina dedicata](#) su *United Nations Treaty Collection*).

⁵¹ In tal senso F. GRASSELLI, *Accordo TFA – Repubblica Argentina: verso la conclusione della vicenda dei c.d. tango bonds?*, in *Rivista di Diritto Bancario*, giugno 2016, pp. 1-17, a p. 10, reperibile [online](#).

⁵² Difatti, il Tribunale arbitrale può giudicare solo qualora sussistano i requisiti previsti dall'art. 25 della convenzione ICSID, ovvero la controversia: a) ha per oggetto una questione di natura giuridica; b) concerne un investimento; c) l'investimento deve essere stato effettuato da un cittadino di uno Stato contraente in un altro Stato contraente; d) le parti devono avere preventivamente accettato la giurisdizione ICSID.

⁵³ Trattato Bilaterale Italia-Argentina sulla protezione degli investimenti, firmato il 22 maggio 1990 ed entrato in vigore il 14 ottobre 1993, il cui testo completo è reperibile [online](#). Più in generale sul tema dei BIT cfr.: J.W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, Oxford, 2015, p. 100 ss.; K.J. VANDEVELDE, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, 2010; M. STEVENS, R. DOLZER, *Bilateral Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn, 1995. Per una più dettagliata analisi del rapporto tra

Senza entrare nel dettaglio della statuizione⁵⁴, in tale sede è sufficiente evidenziare due particolari: il primo è che il collegio arbitrale ha deciso a maggioranza⁵⁵ che i titoli in possesso degli obbligazionisti italiani dovessero esser considerati a tutti gli effetti «investimenti», rilevanti tanto per il BIT che per la convenzione ICSID, dato che l'operazione finanziaria di cessione e collocamento dei *bonds*, prima sul mercato primario e successivamente su quello secondario, era da qualificarsi quale operazione unitaria⁵⁶; difatti, uno Stato non emetterebbe obbligazioni sovrane se non avesse la garanzia che esse siano poi collocate sul mercato secondario⁵⁷.

Il secondo elemento da evidenziare riguarda invece l'esito della controversia *Abaclat* – gli obbligazionisti italiani hanno ricevuto il pagamento di un importo pari al 150 per cento del valore nominale originario delle obbligazioni in *default*⁵⁸ – del tutto antitetico rispetto a quanto avvenuto davanti alla giurisdizione nazionale italiana; ciò a riprova del fatto che l'assenza di soluzioni basate sul contratto (o su di un meccanismo internazionale di risoluzione delle crisi sovrane) aumenta l'alea processuale, a discapito ovviamente della certezza del diritto⁵⁹ e della sicurezza degli investimenti.

5. La crisi del debito sovrano all'interno dell'eurozona.

BIT e le cc.dd. clausole *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) cfr.: S. PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea, tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, 2017, p. 100 ss.; A. ALGOSTINO, *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 1, pp. 103-174.

⁵⁴ Per un'analisi approfondita della decisione sulla giurisdizione ed ammissibilità del caso *Abaclat* cfr.: S.K. PARK, T.R. SAMPLES, *Tribunalizing Sovereign Debt: Argentina's Experience with Investor-State Dispute Settlement*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2017, pp. 1033-1063, a p. 1049; F. GRASELLI, *Accordo TFA – Repubblica Argentina: verso la conclusione della vicenda dei c.d. tango bonds?*, cit.; M. VALENTI, *La competenza ICSID nelle controversie relative al debito obbligazionario*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro*, cit., p. 182 ss.

⁵⁵ In ragione della *dissenting opinion* dell'arbitro nominato dall'Argentina, il Prof. Abi-Saab. Il testo integrale della *dissenting opinion* è reperibile [online](#).

⁵⁶ Cfr. ICSID Case no. ARB/07/5, *Abaclat and Others v. Argentina*, cit., par. 359: «In other words, whatever the technical nuances between bonds and security entitlements may be, they are part of one and the same economic operation and they make only sense together».

⁵⁷ In tal senso M. VALENTI, *La competenza ICSID nelle controversie relative al debito obbligazionario*, cit., p. 185.

⁵⁸ Cfr. TFA, *Argentina: Tfa, arrivati i pagamenti per gli obbligazionisti italiani*, comunicato stampa del 1° luglio 2016, reperibile [online](#). È opportuno chiarire che la controversia si è conclusa sulla base dell'accordo transattivo raggiunto tra Task Force Argentina e Repubblica Argentina; cfr. ICSID Case no. ARB/07/5, *Abaclat and Others v. Argentina*, Consent award, 29 December 2016, par. ss.: «On 15 December 2016, the Tribunal unanimously decides, in accordance with Rule 43 of the ICSID Arbitration Rules, that the Settlement Agreement signed by TFA on behalf of the Claimants and the Argentine Republic, attached as Appendix A, be recorded verbatim as an enforceable Award on the agreed terms».

⁵⁹ Sul punto si veda E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale. Coerenza e identità tra fonti e argomentazione*, Napoli, 2018, p. 259 ss.

Se il *default* argentino ha rappresentato un vero e proprio spartiacque nella storia mondiale degli investimenti, lo stesso deve dirsi per la ristrutturazione del debito greco, seppur in un contesto giuridico più circoscritto e specifico quale quello dell'eurozona⁶⁰.

Nel marzo del 2012, al culmine della crisi greca, gli Stati membri dell'eurozona ed il FMI accordavano alla Grecia un pacchetto di assistenza economica condizionato non solo all'attuazione di gravi misure di austerità, ma anche alla ristrutturazione del debito sovrano⁶¹. Dopo diversi mesi di confronto – a differenza di quanto avvenuto in occasione del *default* argentino – lo Stato ellenico annunciava di aver raggiunto un accordo con il «comitato dei creditori» sulla partecipazione del settore privato⁶². In base a tale accordo la Grecia offriva agli obbligazionisti del settore privato lo scambio dei vecchi titoli con un pacchetto di nuovi *bond*, equivalenti circa al 46,5 per cento del valore nominale dei titoli originari⁶³ (una svalutazione, dunque superiore alla metà del valore iniziale⁶⁴), con un coinvolgimento dei privati che, in ogni caso, sarebbe avvenuto su «base volontaria»⁶⁵.

⁶⁰ Cfr. A. SÁINZ DE VICUÑA, *Restructuring in a Monetary Union*, in R.M. LASTRA, L.C. BUCHHEIT (eds.), *Sovereign Debt Management*, pp. 177-193, a p. 178: «Historically, sovereign bond workouts have, in almost all cases, involved single states, not parties to a regional currency union. Unprecedented issues arose as a result of the decision of the Hellenic Republic, — a full member of the European Monetary Union (EMU) — to proceed, in the course of February and March 2012, with a restructuring of its outstanding sovereign bonds».

⁶¹ In quel momento storico il debito pubblico della Grecia ammontava a 356 miliardi di euro, di cui 205,5 miliardi di euro (circa il 57 per cento del totale) erano ammissibili allo scambio; ciò perché «T-bills, official sector loans, and ECB's holdings of Greek bonds were exempt from the swap», cfr. OECD, *OECD Sovereign Borrowing Outlook 2013*, 2013, p. 144, reperibile [online](#).

⁶² Si trattava di uno *steering committee* presieduto dall'allora direttore generale dell'*Institute of International Finance* (IIF) Charles Dallara. Più in generale su tale punto si veda ESM, *The 2012 private sector involvement in Greece*, in *Discussion Paper Series*, June 2020, n. 11, p. 10 ss., reperibile [online](#).

⁶³ In particolare cfr. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, cit., pp. 4-5: «Under this deal, Greece offered private-sector bondholders a swap for their bonds to a bundle that included: i) 15 % of the face value in the form of cash-equivalent European Financial Stability Facility (EFSF) notes maturing within 24 months; ii) 31.5 % of the face value in the form of new UK-law bonds with a maturity of up to 30 years; and iii) detachable GDP-linked securities (warrants), designed to give bondholders the potential right to receive an additional amount (up to 1 %) in the coupon on the new principal, under the condition that growth and nominal GDP would exceed a specified path as from 2015». Al riguardo si veda anche Cfr. J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M.G. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, in *Economic Policy*, 2013, pp. 513-563, a p. 560.

⁶⁴ Mentre in termini di valore attuale netto (VAN), le perdite andavano dal 59 al 65 per cento, in termini nominali l'*haircut* ammontava al 53,5 per cento. Cfr. BANK OF GREECE, *The report on the recapitalization and restructuring of the Greek Banking Sector*, p. 12, reperibile [online](#).

⁶⁵ Come anche suggerito dalle conclusioni del vertice euro del 26 ottobre 2011; cfr. EUROSUMMIT, *Statement - Vertice euro*, 26 October 2011, par. 12, reperibile [online](#): «We invite Greece, private investors and all parties concerned to develop a voluntary bond exchange with a nominal discount of 50% on notional Greek debt held by private investors». I primi commentatori leggevano questa insistenza sulla volontarietà del coinvolgimento dei privati come un *escamotage* per evitare il pagamento dei *Credit Default Swap* (contratti aventi come oggetto dei titoli di debito emessi da enti privati o governativi, in cui il detentore di un credito si impegna a pagare una somma fissa periodica a favore della controparte che quindi si assume il rischio gravante su quella attività nel caso in cui si verifichi un evento di default futuro ed incerto) stipulati sul debito greco; cfr. ASSOCIAZIONE PER LO SVILUPPO DEGLI STUDI DI BANCA E BORSA, *Meccanismi di ristrutturazione dei debiti sovrani in Europa*, in *Osservatorio Monetario*, 2011, n. 3, p. 48 ss., reperibile [online](#); A. FRANCESCHI, *Il rollover del debito greco non farà scattare l'effetto domino sul mercato dei derivati. Ecco perché*, in *Il Sole 24 ore*, 6 luglio 2011. In realtà, con una determinazione del 9 marzo 2012, l'ISDA EMEA *Determinations Committee* ha statuito che la decisione della Grecia di ricorrere alle clausole

A ben vedere, tuttavia, lo scambio di obbligazioni, difficilmente poteva considerarsi «volontario» dato che, proprio al fine di ristrutturare più facilmente i debiti contratti con gli obbligazionisti privati, il Parlamento greco adottava, il 23 febbraio 2012, la legge 4050/2012, meglio conosciuta come *Greek Bondholder Act*⁶⁶. Tale legge modificava tutte le obbligazioni disciplinate dal diritto greco inserendo al loro interno, con effetti retroattivi⁶⁷, clausole di azione collettiva con peculiari *aggregation features*; esse, invero, consentivano ad una maggioranza qualificata pari al 66 per cento dei votanti, una volta raggiunto il *quorum* del 50 per cento di tutti gli obbligazionisti, di modificare i *bond* e vincolare anche i creditori *hold-out*⁶⁸.

L'offerta di scambio si chiudeva con successo l'8 marzo 2012. In totale, il tasso di partecipazione allo *swap* greco raggiungeva il 96,9 per cento del totale delle obbligazioni in circolazione ammissibili allo scambio, per un valore complessivo di 199 miliardi⁶⁹.

Il raggiungimento di questo «soddisfacente risultato»⁷⁰ è stato possibile grazie al fatto che – ancora una volta a differenza dell'Argentina – l'ampia maggioranza delle obbligazioni elleniche era disciplinata dal diritto nazionale. Non a caso, quindi, la restante parte delle obbligazioni – largamente minoritaria – emesse conformemente al diritto straniero, non è stata modificata; l'impossibilità di introdurre retroattivamente in tali titoli

di azione collettiva è stato un «evento di credito», facendo così scattare il pagamento dei *credit default swap*; cfr. il sito <https://www.isda.org/2012/03/09/isda-emea-determinations-committee-restructuring-credit-event-has-occurred-with-respect-to-the-hellenic-republic/>. Più in generale si veda: N. NAIFAR, *What Explains the Sovereign Credit Default Swap Spreads Changes in the GCC Region?*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 2020, n. 10, pp. 1-22, reperibile [online](#), M. MEGLIANI, *Private Loans to Sovereign Borrowers*, in C. LUMINA, I. BANTEKAS (eds.), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford, 2018, pp. 69-83; M. AUDIT, *Les Credit Default Swaps comme miroir des dérives de l'endettement public*, in H. GHERARI (sous la direction de), *Les dérèglements économiques internationaux: crise du droit ou droit des crises?*, Paris, 2014, pp. 81-94; J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M.G. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, cit., p. 13; ALLEN & OVERY LLP, *Sovereign state restructurings and credit default swaps*, October 2011.

⁶⁶ Il testo del provvedimento normativo è reperibile [online](#).

⁶⁷ Sul punto si veda L.C. BUCHHEIT, G.M. GULATI, *Sovereign Debt Restructuring in Europe*, in *Global Policy*, 2018, Supplement 1, pp. 65-69; M.A. BOUDREAU, *Restructuring Sovereign Debt Under Local Law: Are Retrofit Collective Action Clauses Expropriatory?*, in *Harvard Business Law Review Online*, 2012, pp. 164-186.

⁶⁸ La peculiarità è ben esplicita da J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M.G. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, cit., p. 11: «While the quorum requirement was lower than typical for the initial bondholder meeting under English-law bonds, this was arguably justified by the fact that the Greek sovereign allowed itself only «one shot» to solicit the consent of bondholder to the amendment of Greek-law bonds, whereas under the English-law bonds, failure to obtain a quorum in the first meeting would have led to a second meeting with a quorum requirement between just one third and one half». Più in generale cfr. F.C. VILLATA, *La ristrutturazione del debito greco del 2012: nuove prospettive per l'optio iuris*, in G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro*, cit., p. 111 ss.

⁶⁹J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M.G. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, cit., p. 13.

⁷⁰ A chiusura dello *swap* il ministro delle finanze greco, Filippos Sachinidis, affermò: «We are extremely pleased with the results achieved in our PSI bond exchange», cfr. il sito <https://www.reuters.com/article/greece-debt-idINA8E8E900S20120425>.

le suddette CACs⁷¹ ha permesso infatti ai loro detentori di resistere più facilmente all'offerta di scambio, con un *holdout* complessivo finale pari a 6,4 miliardi di euro⁷².

Anche nella ristrutturazione del debito greco, dunque, si è manifestata una netta differenziazione (se non addirittura, *de facto*, una discriminazione) tra gli investitori, questa volta però in ragione dell'applicazione differenziata delle CACs, come già detto la «contract-based solutions» per antonomasia. A ciò deve poi aggiungersi che la maggior parte dei possessori dei *bond* ellenici provenivano da paesi europei con i quali la Grecia non aveva stipulato BIT, privando così di fatto gli investitori della possibilità di adire il Tribunale ICSID⁷³, ovvero quella che in passato si era rivelata essere una delle giurisdizioni a loro più favorevole.

6. L'istituzione del Meccanismo europeo di stabilità.

Il 2 febbraio 2012, gli allora diciassette Stati dell'Eurozona hanno dato vita al Meccanismo europeo di stabilità (MES)⁷⁴. Istituito mediante un trattato intergovernativo⁷⁵ – dunque formalmente al di fuori del quadro giuridico dell'Unione europea – il MES è in realtà ontologicamente connesso all'art. 136 TFUE⁷⁶ e, più in

⁷¹ In realtà, come detto in precedenza, «the Greek legislation *could not* change the terms of the foreign-law bonds» (cfr. M. CHAMON, J. SCHUMACHER, C. TREBESCH, *Foreign-law bonds: can they reduce sovereign borrowing costs?*, in *ECB Working Paper Series*, June 2018, n. 2162, p. 4, reperibile [online](#)) poiché tali titoli, per l'appunto, erano sottoposti alle regole (principalmente) del diritto britannico, svizzero e giapponese; sul punto cfr. anche T. STRICKLAND, *Sovereign Debt Restructuring*, cit., p. 75. La mancata modifica dei titoli lasciava dunque in vita, nella maggior parte dei casi, le c.d. CACs *bond-by-bond*, con una maggiore capacità di resistenza alla ristrutturazione. Si veda anche G. SALATINO, *The Restructuring of Sovereign Debt*, cit., p. 350.

⁷² J. ZETTELMEYER, C. TREBESCH, M.G. GULATI, *The Greek Debt Restructuring: An Autopsy*, cit., p. 13.

⁷³ Accedendo al seguente sito è possibile verificare tutti i BIT stipulati dalla Grecia ed attualmente ancora in vigore: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/81/greece>. Parimenti va segnalata Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 6 marzo 2018, [causa C-284/16, Repubblica Slovacca c. Achmea BV](#), EU:C:2018:158, cui ha fatto seguito il recente accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, stipulato il 5 maggio 2020, con il quale i paesi dell'UE hanno stabilito l'estinzione della quasi totalità dei Trattati Bilaterali di Investimento intra-UE. Per un primo commento sull'accordo cfr. A. LANG, *L'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea*, in *Eurojus.it*, 13 giugno 2020, reperibile [online](#).

⁷⁴ L'adesione al MES è regolata dall'art. 2 TMES. La Lettonia e la Lituania hanno aderito al MES rispettivamente il 1° gennaio 2014 ed il 1° gennaio 2015.

⁷⁵ Sui motivi di una simile scelta appaiono illuminanti le parole di G. LO SCHIAVO, *The ESM Treaty: a new form of intergovernmental differentiated integration to the benefit of the EMU?*, in AA.VV., *Evolving Europe: Voices of the Future*, Loughborough, 2013, p. 47: «One of the reasons the ESMT was concluded as an international agreement is that the EU budget does not have sufficient funds to provide the required financial assistance to create a strong system of assistance, and thus the Heads of Government and State decided to conclude an international agreement acting in their power as international Treaty law makers. In addition, Member States employed an international instrument because they were not capable of adopting an ESM-type instrument, under the Treaty rules and the budgetary constraints».

⁷⁶ Si fa qui riferimento alla versione emendata dell'art. 136 TFUE la quale, al neo introdotto par. 3, recita: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi

generale, al tema dell'assistenza finanziaria tra gli Stati membri quale manifestazione della solidarietà europea⁷⁷.

Al pari dei due meccanismi finanziari transitori, da esso prima affiancati e poi sostituiti⁷⁸, il MES mira a preservare la stabilità finanziaria dell'UE muovendo dal presupposto che le difficoltà economiche di uno Stato membro possono riverberarsi sulla stabilità macrofinanziaria dell'intera Unione. Invero, come è stato evidenziato, «il solo fatto che esista questa istituzione è un fattore che tranquillizza i mercati e rende meno probabile il ripetersi di situazioni di crisi»⁷⁹. Questo «effetto calmiera» è dovuto principalmente all'ingente «potenza di fuoco» del MES, ammontante a circa 500 miliardi di euro⁸⁰ e pari ad un multiplo del capitale effettivamente versato dagli Stati. Il MES, inoltre, ha la possibilità di raccogliere liquidità sui mercati internazionali attraverso l'emissione di obbligazioni a tassi molto convenienti e con scadenze fino a 45 anni⁸¹; una posizione di forza che viene a consolidarsi grazie allo *status* di creditore privilegiato di cui gode l'Istituzione, seconda solo al Fondo Monetario Internazionale⁸².

L'accesso all'assistenza finanziaria del MES avviene esclusivamente su istanza dello Stato interessato il quale, nel formulare la richiesta, indica lo strumento (o, eventualmente, gli strumenti⁸³) di cui vorrebbe beneficiare. Una volta pervenuta la

assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Cfr. [decisione 2011/199/UE](#) del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro. Sul punto vedi anche M.L. TUFANO, *Art. 136 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1384 ss.

⁷⁷ È sufficiente qui evidenziare che questo legame con la solidarietà è esplicitamente riconosciuto dallo stesso TMES, cfr. par. 5 del preambolo: «This Treaty and the TSCG are complementary in fostering fiscal responsibility and solidarity within the economic and monetary union». Sul tema si veda F. CROCI, in *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020, p. 188 ss.; A. SCAFFIDI, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la solidarietà negata*, in M. DEL CHICCA (ed.), *New Awareness of Solidarity in European Union Law and Beyond*, Pisa, 2020, pp. 48-76.

⁷⁸ Si fa qui riferimento al Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) ed al Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF), istituiti nel maggio del 2010 ed operativi fino al 30 giugno 2013. Per maggiori dettagli cfr.: EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Financial assistance to EU Member States*, 2022, reperibile [online](#).

⁷⁹ G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive*, audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati, 6 novembre 2019, p. 1, reperibile [online](#).

⁸⁰ Con cadenza quinquennale il capitale autorizzato è riesaminato per vagliare l'eventuale necessità di adeguamenti, cfr. art. 10 TMES.

⁸¹ Cfr. art. 3 TMES. Gli strumenti di debito a lungo termine emessi dal MES sono valutati AAA da Standard & Poor's e Fitch, e Aa1 da Moody's. Il rating dei titoli a breve termine è invece A-1+ per Standard & Poor's, F1+ per Fitch e P-1 per Moody's; cfr. il sito <https://www.fitchratings.com/research/sovereigns/fitch-affirms-european-stability-mechanism-at-aaa-stable-outlook-16-07-2021>.

⁸² Cfr. par. 13 del preambolo TMES. Sul punto si veda T. CORDELLA, A. POWELL, *Preferred and Non-Preferred Creditors*, in *World Bank Policy Research Working Papers*, 2019, n. 8941, reperibile [online](#); S. SCHADLER, *The IMF's Preferred Creditor Status: Does it still Make Sense after the Euro Crisis?*, in *Centre for International Governance Innovation - Policy Brief*, 2014, n. 37, reperibile [online](#); M. MEGLIANI, *Verso una nuova architettura finanziaria europea: un percorso accidentato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, pp. 67-107, a p. 76.

⁸³ Il catalogo degli strumenti di assistenza finanziaria a disposizione del MES è molto variegato. In particolare il Fondo può: 1) fornire assistenza finanziaria precauzionale ad uno Stato membro sotto forma

richiesta, il Consiglio dei governatori del MES⁸⁴ incarica la Commissione europea, di concerto con la BCE, di vagliare: 1) l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria della zona euro; 2) la sostenibilità del debito pubblico del paese che ha formulato la richiesta; 3) le esigenze economiche del richiedente⁸⁵.

All'esito delle suddette valutazioni, se la richiesta è accolta, il Consiglio dei governatori affida alla Commissione europea il compito di negoziare con lo Stato interessato un «protocollo d'intesa» (*memorandum of understanding*, MoU) che precisi le condizioni alle quali è sottoposta l'assistenza finanziaria concessa. Difatti, tutte le forme di sostegno garantite dal MES, come esplicitamente richiesto dall'emendato art. 136 TFUE, sono soggette a «rigorosa condizionalità»⁸⁶ e ciò al fine di rendere compatibile con la *no bail-out clause*, sancita dall'art. 125 TFUE⁸⁷, l'assistenza finanziaria offerta.

di linea di credito condizionale precauzionale (*Precautionary Conditioned Credit Line*, PCCL) o sotto forma di linea di credito soggetto a condizioni rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line*, ECCL) (art. 14 TMES); 2) concedere assistenza finanziaria ricorrendo a prestiti, con l'obiettivo specifico di sottoscrivere titoli rappresentativi del capitale di istituzioni finanziarie del paese richiedente (art. 15 TMES); 3) concedere assistenza finanziaria ad uno Stato membro ricorrendo a prestiti non connessi ad uno specifico obiettivo (art. 16 TMES); 4) acquistare titoli di debito degli Stati membri in sede di emissione (art. 17 TMES) e sul mercato secondario (art. 18 TMES).

⁸⁴ Sulla falsariga delle organizzazioni di Bretton Woods, la *governance* del MES si fonda su un sistema tripartito. L'organo al quale spettano le decisioni principali è il Consiglio dei governatori (*Board of governors*), composto dai ministri delle finanze degli Stati membri e diretto dal presidente dell'eurogruppo. Il Trattato prevede poi il Consiglio di amministrazione (*Board of directors*) al quale, direttamente o su delega del Consiglio dei governatori, vengono attribuiti poteri decisionali; quest'organo è composto da diciannove funzionari, nominati direttamente dai governatori tra persone di elevata competenza in ambito economico-finanziario. Il vertice amministrativo del MES, infine, è affidato al Direttore generale (*Managing director*) il quale ricopre tale carica per cinque anni ed è nominato dal *Board of governors*. Il Direttore partecipa alle riunioni del Consiglio dei governatori, presiede quelle del Consiglio di amministrazione ed è il rappresentante legale del MES.

⁸⁵ Cfr. art. 13 TMES. La verifica della sussistenza di tali elementi è finalizzata a garantire «la natura precipuamente correttiva» dell'azione del MES cioè finalizzata a gestire quelle situazioni di crisi finanziaria che potrebbero perpetrarsi e diffondersi nonostante le eventuali azioni preventive e di contenimento intraprese dallo Stato in difficoltà. Cfr. N. RUCCIA, *Il Meccanismo europeo di stabilità ai tempi del coronavirus: la medicina cura la malattia?*, in SOCIETÀ ITALIANA PER LA ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE, *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana - Working Paper*, 2020, n. 1, pp. 66-73, reperibile [online](#).

⁸⁶ Cfr. art. 136, par. 3 TFUE.

⁸⁷ Per un'analisi generale della *no bail-out clause* si rinvia, *ex multis*, a M.L. TUFANO, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2002, pp. 505-517. Sul rapporto tra la *no bail-out clause* ed il MES cfr. Corte di giustizia, sentenza del 27 novembre 2012, [causa C-370/12, Thomas Pringle c. Government of Ireland e altri](#), EU:C:2012:756, punto 138 ss.: «Per quanto riguarda il Trattato MES, va constatato, in primo luogo, che i dispositivi di sostegno alla stabilità cui può ricorrere il MES in forza degli articoli 14-18 di tale Trattato fanno emergere che il MES non si farà garante dei debiti dello Stato membro beneficiario. Quest'ultimo resterà responsabile, nei confronti dei propri creditori, dei propri impegni finanziari. Infatti, la concessione di un'assistenza finanziaria ad un membro del MES, sotto forma di linea di credito, conformemente all'articolo 14 del Trattato istitutivo MES, o sotto forma di prestiti, conformemente agli articoli 15 e 16 dello stesso Trattato, non comporta affatto che il MES si farà carico del debito dello Stato membro beneficiario. Al contrario, siffatta assistenza conduce a creare per quest'ultimo, il quale resta, per quanto riguarda i debiti esistenti, responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori, un nuovo debito nei confronti del MES. Va rilevato a tal fine che, conformemente all'articolo 13, paragrafo 6, del Trattato istitutivo MES, qualsiasi assistenza finanziaria

È opportuno evidenziare, tuttavia, come questo rigore si sia solitamente sostanziato, nella prassi, in pretese molto gravose (e poco solidali) per i paesi richiedenti assistenza. Agli Stati in difficoltà, invero, è stato imposto⁸⁸ di operare un consolidamento fiscale (con tagli alla spesa pubblica per ridurre i costi e migliorarne l'efficienza, aumentando parallelamente le entrate attraverso privatizzazioni o riforme fiscali), di dare avvio a riforme strutturali (comportanti *in primis* una ristrutturazione del debito), nonché a riforme del settore finanziario (con misure destinate a rafforzare la vigilanza bancaria o, se necessario, a ricapitalizzare le banche) o finanche di attivare contemporaneamente tutte le predette misure⁸⁹.

7. Il Meccanismo europeo di stabilità e le clausole di azione collettiva.

Il Trattato istitutivo del MES contiene al proprio interno riferimenti espliciti tanto al coinvolgimento del settore privato, quanto alle *Collective Action Clauses*. Più nel dettaglio, nella sua prima versione del luglio 2011⁹⁰, il Trattato prevedeva, *ex art.* 12, par.

concessa sul fondamento degli articoli 14-16 di quest'ultimo deve essere rimborsata al MES dallo Stato membro beneficiario e che, conformemente all'articolo 20, paragrafo 1, di detto trattato, l'importo da rimborsare è maggiorato con un margine adeguato. [...] Occorre rammentare come l'articolo 25, paragrafo 2, del Trattato MES preveda che, se uno Stato membro, membro del MES, non procede al pagamento da esso dovuto, una richiesta di capitale incrementato è indirizzata a tutti gli altri membri. Tuttavia, in forza della disposizione medesima, lo Stato membro inadempiente del MES resta tenuto a versare la propria parte di capitale. Pertanto, gli altri membri del MES non si fanno garanti del debito dal membro inadempiente. Quindi, un meccanismo come il MES e gli Stati membri che vi partecipano non rispondono degli impegni di uno Stato membro beneficiario di un sostegno alla stabilità e non si fanno neanche carico di tali impegni ai sensi dell'articolo 125 TFUE. Ne consegue che l'articolo 125 TFUE non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato istitutivo MES né alla sua ratifica da parte di questi ultimi». Sul punto cfr. anche F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, fasc. 4, 2015, pp. 733-737; P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di Stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, pp. 129-152.

⁸⁸ Cfr. B. BRANCATI, *I confini sfumati del diritto e le loro ripercussioni sull'attività delle corti. Il caso delle misure anticrisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1, p. 7, reperibile [online](#): «Lo Stato membro interessato dovrebbe essere libero di accettare o meno le condizionalità del *Memorandum* e l'assistenza finanziaria. Inutile dire, però, che le decisioni dello Stato interessato saranno, di fatto, fortemente condizionate dai rapporti di forza creati nell'ambito della negoziazione».

⁸⁹ Il MES ha nel tempo offerto assistenza ai seguenti Stati: 1) Cipro: programma di aggiustamento macroeconomico per un totale di 6,3 miliardi di euro; 2) Grecia: programma di aggiustamento macroeconomico per un totale di 61,9 miliardi di euro; 3) Spagna: programma per la ricapitalizzazione del proprio settore bancario per un totale di 41,3 miliardi di euro. Ad essi vanno poi aggiunti gli Stati aiutati dal FESF: 1) Irlanda: programma di aggiustamento macroeconomico per un totale di 17,7 miliardi di euro; 2) Portogallo: programma di aggiustamento macroeconomico per un totale di 26 miliardi di euro; 3) Grecia: secondo programma di aggiustamento macroeconomico per un totale di 141,8 miliardi di euro. Le condizioni imposte a ciascuno dei summenzionati Stati possono essere vagliate sul sito ufficiale del MES: <https://www.esm.europa.eu/assistance/programme-database/conditionality>. Attualmente non ci sono programmi di assistenza finanziari attivi; l'ultimo, il terzo programma di assistenza per la Grecia, si è concluso nell'agosto 2018.

⁹⁰ Una prima versione del TMES è stata firmata a Bruxelles l'11 luglio 2011 (il testo, in inglese, della prima versione del trattato è reperibile [online](#)); questa versione, tuttavia, non è mai entrata in vigore, ma è servita come punto di partenza per un secondo trattato, quello firmato a Bruxelles il 2 febbraio 2012 ed entrato in vigore l'8 ottobre 2012. Nello specifico, la nuova versione del trattato ha recepito le modifiche

2, che qualora il MES avesse fornito assistenza finanziaria ad uno Stato membro, quest'ultimo avrebbe dovuto coinvolgere in maniera adeguata e proporzionata anche il settore privato. In particolare, la natura e la portata di tale coinvolgimento dipendevano dall'esito di un'analisi di sostenibilità del debito, prendendo anche in considerazione il rischio contagio verso gli altri Stati membri dell'Unione. Se sulla base di tale analisi si fosse concluso che un programma di aggiustamento macroeconomico avrebbe potuto realisticamente riportare il debito pubblico su un livello di sostenibilità, il membro del MES beneficiario avrebbe adottato iniziative volte a incoraggiare i principali investitori privati a mantenere la loro esposizione. Qualora, al contrario, si fosse concluso per l'incapacità del programma di aggiustamento macroeconomico di riportare il debito pubblico su di un percorso sostenibile, il beneficiario del MES avrebbe dovuto avviare in buona fede negoziati con i propri creditori non ufficiali⁹¹ al fine di garantire un loro coinvolgimento diretto nel ripristino della sostenibilità del debito⁹².

Nella versione del Trattato poi entrata in vigore questo scenario è stato significativamente modificato; l'art. 12, par. 2 è diventato il considerando 12 (un cambio di collocazione certamente non privo di rilevanza), ma soprattutto è cambiata la formulazione della disposizione, la quale ora fa semplicemente riferimento al «prendere in considerazione una forma adeguata e proporzionata di partecipazione del settore privato nei casi in cui il sostegno alla stabilità sia fornito in base a condizioni sotto forma di un programma di aggiustamento macroeconomico»⁹³, il tutto sempre in conformità con la prassi del FMI⁹⁴.

A discapito di questa (formalmente) cauta posizione verso il *private sector involvement*, il TMES prevede tuttavia, all'art. 13, par. 3, che a partire dal 1° gennaio 2013 siano incluse in tutti i titoli di Stato della zona euro, di nuova emissione e con scadenza superiore ad un anno, clausole d'azione collettiva *identical and standardised*

introdotta dal Consiglio europeo del 21 luglio 2011 (concernenti il programma precauzionale, la ricapitalizzazione di istituzioni finanziarie, l'intervento sui mercati secondari) e del 9 dicembre 2011 (attinente, questa volta, proprio al coinvolgimento dei creditori privati).

⁹¹ La contrattazione non avrebbe coinvolto i titoli in possesso della BCE e delle banche centrali nazionali.

⁹² Cfr. art. 12, par. 2, prima versione del TMES dell'11 luglio 2011.

⁹³ Cfr. considerando 12 TMES.

⁹⁴ Secondo M. MEGLIANI, *Verso una nuova architettura finanziaria europea: un percorso accidentato*, cit., p. 82, nota n. 133, la «prassi del FMI» a cui fa riferimento il TMES in tale sede può essere compendiate nei seguenti principi: «In primo luogo, un immediato dialogo con i creditori che dovrebbe continuare fino al termine del processo di ristrutturazione. In seconda istanza, una condivisione puntuale con tutti i creditori delle informazioni non confidenziali che dovrebbe includere: una spiegazione delle problematiche economiche e finanziarie che giustificano la ristrutturazione, un sunto dei punti salienti del programma di risanamento economico e le sue implicazioni; la formalizzazione di un quadro comprensivo del trattamento da riservare a tutti i creditori, inclusi i creditori bilaterali, l'elaborazione delle basi su cui la ristrutturazione del debito ripristinerebbe la sostenibilità a medio termine dell'indebitamento. In ultimo, dare ai creditori la possibilità di fornire fin da subito le loro indicazioni sul piano di ristrutturazione».

for all euro-area Member States⁹⁵. Una previsione questa che riguarda non solo le emissioni sottoposte al diritto straniero, ma anche le emissioni domestiche; tanto le obbligazioni denominate in euro, quanto quelle denominate in altre valute⁹⁶.

Prendono così vita le cc.dd. «Euro CACs» (o «euro area model CACs 2012»)⁹⁷, aventi una struttura *double-limb* e dunque con due differenti maggioranze qualificate da raggiungere tanto in ogni serie di obbligazioni (il 66 per cento, ovvero i 2/3 del capitale in circolazione), quanto *across all series*⁹⁸ soggette alla ristrutturazione (il 75 per cento del capitale totale in circolazione). Conformemente al modello classico di CACs *double-limb* già delineato in precedenza, qualora la maggioranza sia raggiunta in relazione al valore aggregato e solo ad alcune serie, quelle particolari serie dove hanno prevalso gli *holdouts creditors* saranno escluse dalla ristrutturazione.

8. Un percorso di riforma tortuoso.

Le criticità congenite al MES hanno indotto da subito le istituzioni europee e gli Stati membri a ragionare sulla necessità di operarne un profondo ripensamento⁹⁹. Un

⁹⁵ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, cit., p. 4.

⁹⁶ Con il [decreto del 7 dicembre 2012, n. 96717](#), il Ministero dell'economia e delle finanze ha stabilito che, a decorrere dal 1° gennaio 2013, tutte le nuove emissioni di buoni del tesoro poliennali (BTP) di ogni specie, ivi inclusi quelli indicizzati all'inflazione (BTP Italia e BTP€i), di certificati di credito del tesoro (CCT) di ogni specie, ivi inclusi quelli zero coupon (CTZ) e ogni eventuale futura emissione di titoli di Stato con scadenza superiore ad un anno, di tipologia o con caratteristiche differenti da quelle sopra richiamate, è soggetta alle clausole di azione collettiva.

⁹⁷ Cfr. T. MARTINELLI, *Euro CAC and the existing rules on sovereign debt restructuring in the Euro area: An appraisal four years after the Greek debt swap*, in *ADEMU Working Papers*, 2016, n. 43, reperibile [online](#). A ben vedere, però, la decisione di introdurre le CACs ha origini più antiche; invero, già nell'aprile 2003, gli Stati membri dell'UE avevano deciso di includere le CACs nelle loro emissioni di debito internazionale per promuovere gli sforzi per ristrutturazioni ordinate in caso di crisi del debito sovrano (cfr. il sito https://europa.eu/efc/efc-sub-committee-eu-sovereign-debt-markets/collective-action-clauses-euro-area/previous-work-cac-following-g10-commitments_en). In seguito, nel settembre 2003, l'*Economic and Financial Committee* (EFC) – un organo consultivo dell'Unione europea, definito dall'art. 134 TFUE (cfr. il sito https://europa.eu/efc/about-efc_en) – ha concordato un modello base di CACs da inserire nei titoli di debito dei paesi europei. Tuttavia, questa iniziativa non è stata mai effettivamente attuata poiché non vincolante. Solo nel marzo 2011 il Consiglio europeo è ritornato sul tema decidendo di includere le CACs in tutte le nuove obbligazioni degli Stati membri (cfr. conclusioni del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, [EUCO 10/11](#)); la versione Euro CACs 2012 è stata quindi sviluppata e approvata dall'EFC nel novembre 2011 per poi essere inserite nel TMES.

⁹⁸ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, cit., p. 4.

⁹⁹ Sinteticamente, sono tre le maggiori criticità emerse in relazione al MES: 1) la sua istituzione al di fuori del quadro istituzionale europeo; 2) la stretta condizionalità alla quale la sua assistenza è assoggetta; 3) la «disuguaglianza istituzionalizzata» del suo *decision-making*. Al riguardo si veda, *ex multis*, A. SCAFFIDI, *La riforma del Meccanismo europeo di stabilità e le persistenti criticità in materia di decision-making*, in *Federalismi*, 2021, n. 20, pp. 84-101, reperibile [online](#); F. COSTAMAGNA, *The EMU and the European Social Dimension*, in F. AMTENBRINK, C. HERRMANN (eds.), *EU Law of Economic & Monetary Union*, Oxford, 2020, pp. 326-350; F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, 2020, n. 20, pp. 280-313, a p. 292 ss., reperibile [online](#); B. BRANCATI, *I confini sfumati del diritto e le loro ripercussioni sull'attività*

primo progetto di riforma è stato presentato nel dicembre 2017 nell'ambito delle iniziative volte al completamento dell'Unione economica e monetaria¹⁰⁰. Più precisamente, in tale occasione la Commissione europea aveva avanzato una proposta di regolamento¹⁰¹ finalizzata a trasformare il Meccanismo europeo di stabilità in un Fondo monetario europeo (FME). Il Fondo in parola avrebbe sostanzialmente mantenuto la struttura finanziaria ed istituzionale del MES¹⁰², ma sarebbe stato incorporato nel quadro giuridico dell'Unione¹⁰³. Un progetto sicuramente ambizioso, ma non sufficientemente condiviso da tutti gli Stati europei.

Il processo di riforma tuttavia – come spesso accaduto nella storia dell'Unione – pur non arrestandosi, è stato oggetto di un parziale ridimensionamento. Ed infatti, facendo formalmente seguito al mandato ricevuto dal vertice euro del 14 dicembre 2018¹⁰⁴, il 13 giugno 2019 l'eurogruppo ha raggiunto un accordo su una proposta di parziale revisione del TMES¹⁰⁵. Su queste basi, il successivo vertice euro del 21 giugno 2019¹⁰⁶ ha chiesto all'eurogruppo di proseguire speditamente i propri lavori in modo da raggiungere al più presto un accordo definitivo e consentire così l'avvio del processo di ratifica da parte degli Stati membri. Nonostante il formale sollecito, i lavori si sono conclusi solo il 27 gennaio 2021 con la firma, da parte degli ambasciatori presso l'UE degli Stati aderenti al

delle corti, cit., p. 6 ss., K. KALAITZAKI, *The principle of European solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, in *Jean Monnet Module Working Paper Series School of Law UCLan Cyprus*, n. 2, 2016, pp. 4 ss., reperibile [online](#); A. MCDONNELL, *Solidarity, flexibility, and the Euro-crisis: where do principles fit in?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon: amending or coping with the existing treaties?*, Cham, 2014, pp. 57-92; L.S. ROSSI, "Fiscal Compact" e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, pp. 293-307.

¹⁰⁰ Comunicazione della Commissione *Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia*, [COM\(2017\) 821 final](#) del 6 dicembre 2017.

¹⁰¹ Proposta di regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo, [COM\(2017\) 827 final](#) del 6 dicembre 2017.

¹⁰² Difatti, il FME avrebbe continuato: a fornire agli Stati membri sostegno per la stabilità finanziaria; a raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti finanziari; ad effettuare operazioni sul mercato monetario. Non sarebbero cambiate né le modalità di adesione, né la *governance* tripartita. Inalterati sarebbero rimasti anche il capitale autorizzato iniziale, il modello di contribuzione e la capacità di prestito iniziale. Le operazioni di assistenza finanziaria sarebbero, altresì, sempre state soggette al rispetto di rigorose condizionalità ed all'analisi della sostenibilità del debito. Sul tema si veda anche A. SAPIR, D. SCHOENMAKER, *The time is right for a European Monetary Fund*, in *Bruegel Policy Briefs*, 2017, n. 4, reperibile [online](#).

¹⁰³ Di particolare interesse sono le motivazioni di tale scelta in relazione alle quali cfr. proposta di regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo, cit., p. 3: «L'esperienza ha dimostrato che [...] la coesistenza tra le istituzioni dell'Unione e un meccanismo intergovernativo permanente come il MES genera una situazione complessa in cui la tutela giudiziaria, il rispetto dei diritti fondamentali e la responsabilità democratica sono frammentati e applicati in modo incoerente. Inoltre, il processo decisionale nell'ambito del metodo intergovernativo comporta solitamente un complesso *iter* procedurale nazionale e spesso non garantisce la rapidità necessaria per un'efficace gestione delle crisi». In aggiunta, la riforma prevedeva anche il riconoscimento al Parlamento europeo di un ruolo consultivo nel processo di nomina del Direttore generale.

¹⁰⁴ Cfr. conclusioni del Consiglio europeo del 13-14 dicembre 2018, [EUCO 17/18](#).

¹⁰⁵ *Draft revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism as agreed by the Eurogroup on 14 June 2019*, reperibile [online](#).

¹⁰⁶ Cfr. dichiarazione del vertice euro del 21 giugno 2019, [EURO 502/19](#).

MES, di un accordo definitivo per la revisione del trattato istitutivo (non entrato ancora in vigore)¹⁰⁷.

L'attuale *agreement amending the ESM Treaty*¹⁰⁸, pur lasciando inalterata la natura intergovernativa del MES, presenta innovazioni di rilievo in relazione al coinvolgimento dei privati in tema di salvataggio degli enti creditizi¹⁰⁹. Invero, a seguito della riforma del Trattato, al MES è stata attribuita una nuova funzione, quella di fornire una rete di sicurezza finanziaria (c.d. *backstop*) al Fondo di risoluzione unico nell'ambito del sistema di gestione delle crisi bancarie¹¹⁰; difatti le risorse finanziarie a disposizione di quest'ultimo potrebbero non essere sufficienti in caso di crisi sistemica.

¹⁰⁷ La prima scadenza per il raggiungimento dell'accordo definitivo era stata fissata per dicembre 2019, posticipata poi al primo trimestre del 2020 – soprattutto in ragione della forte opposizione italiana – ed infine rimandata agli inizi del 2021 causa scoppio della pandemia di Covid-19. L'Estonia, dato il concomitante cambio di governo, ha firmato l'accordo solo l'8 febbraio 2021. Sul punto è inoltre bene chiarire che il nuovo trattato entrerà in vigore quando sarà terminato il processo di ratifica da parte di tutti gli Stati membri (al momento della chiusura del contributo, non avevano ancora ratificato il trattato Italia e Germania). Per una più dettagliata cronologia del processo di revisione cfr. il sito ufficiale del MES: <https://www.esm.europa.eu/about-esm/esm-reform>. Del pari va segnalato che, proprio in ragione dello scoppio della pandemia, dopo un lungo negoziato diplomatico i ministri delle finanze dei paesi della zona euro hanno trovato un accordo su una nuova linea di credito del MES, la già citata *Pandemic crisis support*, (basata in realtà sulla già esistente *Enhanced Conditions Credit Line*) approvata definitivamente dal Consiglio dei governatori il 15 maggio 2020. L'accesso a tale linea di credito è possibile fino alla fine del 2022 (termine eventualmente prorogabile in base all'evoluzione della pandemia), per tutti gli Stati della zona euro e con condizioni standardizzate: sarà concesso fino al 2 per cento del valore del PIL dello Stato richiedente nel 2019; il prestito dovrà essere utilizzato per sostenere il finanziamento delle spese sanitarie, dirette ed indirette, nonché i costi relativi alla cura e alla prevenzione del Covid-19. Sul punto cfr. E. PISTOIA, *Il MES alla guerra del COVID-19: così esterno, così interno*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, Bari, 2021, pp. 359-370; EAD, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. 2, Napoli, 2021, pp. 315-330.

¹⁰⁸ È opportuno segnalare che l'accordo è stato raggiunto su un testo sostanzialmente identico a quello del *Draft revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism* del 2019.

¹⁰⁹ In aggiunta si segnalano anche modifiche circa l'assistenza finanziaria precauzionale, con il mantenimento delle due linee vigenti di credito (precauzionale e a condizioni rafforzate) le quali, tuttavia, potranno essere attivate esclusivamente «a sostegno dei Paesi con una situazione economica e finanziaria solida – ma alle prese con uno *shock* avverso al di fuori del loro controllo – e con un debito pubblico considerato sostenibile e a seconda del rispetto o meno di determinati criteri specificati nell'Allegato III del Trattato revisionato», cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, 22 ottobre 2019, dossier n. 26, a p. 8, reperibile [online](#); nonché A. SOMMA, *Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme: un dialogo con gli economisti*, in E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI (a cura di), *Liber Amicorum Luigi Moccia*, Roma, 2021, pp. 341-362. In aggiunta, deve segnalarsi che l'attuale proposta recupera quel *package approach* – già presente nel progetto originario di riforma – comprendente anche il completamento dell'Unione bancaria e l'introduzione di uno strumento europeo di bilancio per la promozione della convergenza e della competitività degli Stati dell'eurozona sul quale cfr. M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, *Il nuovo strumento di convergenza e competitività: verso una governance negoziata per l'UEM?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, pp. 317-342.

¹¹⁰ La necessità di creare un *backstop* con risorse proveniente non dagli enti creditizi era stata già riconosciuta nelle conclusioni del Consiglio Ecofin di fine 2013 sul Meccanismo di risoluzione unico. La sua istituzione, in aggiunta, era stata considerata prioritaria anche dal c.d. rapporto sul completamento dell'Unione economica e monetaria predisposto nel 2015 dai cinque presidenti europei (J.C. JUNCKER, in collaborazione con D. TUSK, J. DIJSSELBLOEM, M. DRAGHI, M. SCHULZ, *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa*, 22 giugno 2015, reperibile [online](#)).

Ma, soprattutto, la riforma prevede novità di rilievo in tema di clausole di azione collettiva, con l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2022, di CACs *single-limb*.

9. La previsione delle clausole *single-limb* all'interno del riformato MES: dubbi e prospettive.

Come anticipato, la revisione del TMES ha introdotto un'importante modifica in relazione alle CACs. Nello specifico, con la riforma dell'art. 12 del Trattato¹¹¹, a partire dal 1° gennaio 2022¹¹², i titoli di Stato della zona euro di nuova emissione, con scadenza superiore ad un anno, devono contenere clausole d'azione collettiva con approvazione a maggioranza unica; viene sancito così, all'interno dell'eurozona, il definitivo passaggio dalle clausole *double-limb* a quelle *single-limb*.

La ragione ufficiale di tale scelta viene individuata nella volontà «to align the Euro CAC with the international standard»¹¹³, ed invero, come anticipato, con le CACs *single-limb* si salvaguarda la maggioranza dei creditori dalla tirannia della minoranza¹¹⁴, riducendo esponenzialmente il rischio di posizioni di blocco.

In aggiunta, a margine dei recenti studi economici e finanziari svolti sui titoli di Stato che già presentano CACs di tale tipo, è emerso che: «Using secondary-market bond yield spreads, we find that inclusion of regular CACs is associated with lower costs most of the time, while the inclusion of enhanced CACs is associated with lower spreads since the introduction of this clause in August 2014. These results suggest that market participants do not associate the use of CACs and enhanced CACs with borrowers' moral hazard»¹¹⁵.

¹¹¹ Il riformato art. 12 TMES deve essere letto in combinato disposto con il considerando 11 al cui interno è stato aggiunto il seguente periodo: «A seguito dell'introduzione di dette clausole a partire dal 1° gennaio 2013, i membri del MES si impegnano a introdurre entro il 2022 clausole di azione collettiva con votazione a maggioranza singola («CAC a maggioranza singola»). Il comitato economico e finanziario stabilirà la disciplina giuridica di dettaglio tenendo conto degli obblighi costituzionali nazionali dei membri del MES, così che tutti questi inseriscano CACs a maggioranza singola nei titoli di Stato di nuova emissione della zona euro, con modalità atte a garantirne la medesima efficacia giuridica».

¹¹² Cfr. MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Linee Guida della Gestione del Debito Pubblico in Italia – Anno 2022*, a p. 8, reperibile [online](#): «Si comunica, inoltre, che a partire dal primo giorno del secondo mese successivo all'entrata in vigore delle modifiche al Trattato europeo istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità, tutti i nuovi titoli di Stato con scadenza superiore all'anno saranno emessi con Clausole di Azione Collettiva (*Collective Action Clauses* – CACs) di tipo cosiddetto “single limb”».

¹¹³ Cfr. S. GRUND, M. STENSTRÖM, *A framework for sovereign debt restructuring in the euro area*, cit., p. 837, secondo i quali: «An enhanced Euro CAC could be modeled on the CAC standard developed by the International Capital Market Association (ICMA) for international sovereign bonds, which, according to the IMF, is now used in the majority of new bond issuances».

¹¹⁴ Cfr. M. MEGLIANI, *Single-Limb Collective Action Clauses and the European Stability Mechanism Reform*, in *European Business Law Review*, 2021, pp- 77-92, a p. 85.

¹¹⁵ Cfr. F. SPÄTE, G. TRESKA, *Collective Action Clauses in a rising debt world*, in *General Investment - Core Matters*, 25 October 2021; K. CHUNG, M.G. PAPAIOANNOU, *Do Enhanced Collective Action Clauses Affect Sovereign Borrowing Costs?*, cit., p. 6.

Tuttavia, a parere di molti studiosi il nuovo modello di CACs presta il fianco, in ogni caso, a diverse criticità¹¹⁶. In primo luogo, non va dimenticato che la scelta di introdurre CACs *single-limb* si inserisce in un contesto ben specifico quale quello del MES. Invero, è ben evidente che la modifica del Trattato persegue il chiaro scopo di facilitare la ristrutturazione del debito degli Stati dell'eurozona che incorrano in gravi difficoltà economico-finanziarie. Certo, la ristrutturazione non viene formalmente prevista dal Trattato come condizione per ottenere l'assistenza finanziaria, ma essa è considerata da molti quale presupposto quasi automatico per l'attivazione del MES¹¹⁷, nonché sottoposto alla valutazione di soggetti altamente tecnici, ma scarsamente politici. Una ristrutturazione che potrebbe essere anche solo condizionata dal semplice annuncio della eventualità di attivare le CACs¹¹⁸.

In secondo luogo, va parimenti segnalato che le clausole *single-limb* aumentano il rischio di abusi contro i detentori di porzioni minori di titoli di credito¹¹⁹. In relazione a quest'ultimo punto vale la pena considerare che le obbligazioni sovrane sono detenute da una vasta gamma di soggetti quali, ad esempio, banche commerciali, banche centrali, fondi pensionistici, fondi speculativi, ma anche investitori al dettaglio¹²⁰. Ovviamente, questi ultimi perseguono obiettivi di investimento che possono divergere, anche di molto, da quelli degli investitori istituzionali e, in caso di ristrutturazione, hanno più difficoltà a coprire le ineluttabili perdite.

Orbene, nell'ambito delle CACs *single-limb*, è altamente improbabile che gli investitori al dettaglio riescano a formare una minoranza di blocco e, di conseguenza, i loro interessi saranno sistematicamente subordinati a quelli dei maggiori detentori.

Diventa essenziale, dunque, preservare la minoranza da eventuali condotte abusive della maggioranza; in effetti, anche se gli obbligazionisti non sono tenuti a trascurare i propri interessi¹²¹, è legittimo attendersi che la maggioranza eserciti il proprio potere in buona fede, a beneficio di tutti i prestatori e «not in a malicious manner that is

¹¹⁶ Si veda, *ex multis*, M. MEGLIANI, *Single-Limb Collective Action Clauses and the European Stability Mechanism Reform*, cit., pp. 85-86; A. SOMMA, *Il Meccanismo europeo di stabilità e il mercato delle riforme: un dialogo con gli economisti*, cit., pp. 355-356 ss.

¹¹⁷ Cfr., *ex multis*, V. GIACCHÉ, *Il funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità (MES) e le sue prospettive di riforma*, audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati, 20 novembre 2019, reperibile [online](#).

¹¹⁸ Eventualità stigmatizzata dallo stesso governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco, il quale ha evocato «il rischio enorme che si correrebbe con il semplice annuncio di una tale misura. Si potrebbe innescare una spirale perversa di aspettative di insolvenza, suscettibili di autoavverarsi»; cfr. I. VISCO, *Audizione sul funzionamento del Meccanismo europeo di stabilità e sulle sue prospettive di riforma*, audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati, 4 dicembre 2019, a p. 13, reperibile [online](#).

¹¹⁹ Cfr. A. GELPERN, B. HELLER, B. SETSER, *Count the Limbs: Designing Robust Aggregation Clauses in Sovereign Bonds*, cit., p. 120.

¹²⁰ L.C. BUCHHEIT, G. CHABERT, C. DELONG, J. ZETTELMEYER, *How to Restructure Sovereign Debt: Lessons from Four Decades*, in *Peterson Institute for International Economics – Working Paper*, 2019, reperibile [online](#).

¹²¹ P.R. WOOD, *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, London, 2007, p. 303.

disadvantageous, discriminatory and oppressive to the interests of some of them»¹²². Questo perché l'interesse della comunità crea obblighi reciproci e comporta il dovere di agire in buona fede nell'interesse di tutti gli associati¹²³.

Tuttavia, dato che può risultare difficile provare per via giudiziaria che il comportamento della maggioranza sia stato contrario a buona fede, è necessario predisporre forme di tutela già all'interno delle CACs ed al momento dello *swap*. Per tali ragioni, l'offerta di scambio dovrebbe sempre essere uniformemente applicabile a tutti i creditori; ciò implica che i detentori di tutte le serie interessate debbano essere invitati a scambiare, convertire o sostituire i propri titoli alle stesse condizioni, con lo stesso nuovo strumento, e/o con un nuovo strumento scelto da un catalogo comune a tutti gli investitori.

Del pari, muovendo dal presupposto che non tutti gli investitori sono uguali, potrebbe essere utile identificare i creditori più deboli e di conseguenza, garantire loro una maggiore forma di tutela, eventualmente addirittura escludendoli dal processo di ristrutturazione. A tale scopo, almeno due sono i criteri utilizzabili.

Un primo criterio identificativo può essere individuato nel grado di speculazione che caratterizza l'operazione di investimento analizzando, ad esempio, il momento dell'acquisto. In questo modo si potrebbe tracciare una linea di demarcazione tra i detentori che hanno acquistato obbligazioni sui mercati in tempi «normali» e quelli che invece le hanno acquistate quando il loro prezzo era molto inferiore rispetto al valore nominale ordinario; in altri termini, i detentori che hanno realizzato manovre chiaramente speculative non dovrebbero mai ricevere un trattamento preferenziale o, addirittura, potrebbero ricevere un trattamento peggiore rispetto agli altri.

Un secondo criterio può consistere nel porre una soglia al di sotto della quale le obbligazioni sono esentate dalla riduzione del loro valore nominale, indipendentemente dalla causa in concreto sottostante all'operazione d'acquisto. Al riguardo, un utile punto di riferimento è costituito dalla seconda ristrutturazione del debito argentino, quella del 2010¹²⁴, dove è stata predisposta un'offerta di scambio «Par option» a favore dei detentori di obbligazioni che non superavano la soglia dei 50,000 USD¹²⁵; un tetto formalmente applicabile a tutti i tipi di investitori, ma chiaramente destinato a salvaguardare gli investitori al dettaglio. Con questa clausola, le obbligazioni al di sotto di una certa soglia, detenute da singoli detentori in tutte le serie interessate dalle CACs *single-limb*, sarebbero esentate dalla riduzione del debito.

¹²² Cfr. *Assenagon Asset Management SA v Irish Bank Resolution Corp Ltd (formerly Anglo Irish Bank Corp Ltd)* [2012] EWHC 2090 (Ch).

¹²³ M. MEGLIANI, *Single-Limb Collective Action Clauses and the European Stability Mechanism Reform*, cit., p. 85.

¹²⁴ Sul punto cfr. CENTRO STUDI DI POLITICA INTERNAZIONALE, *L'impatto della crisi finanziaria internazionale in Argentina*, in *Osservatorio di Politica Internazionale – Note*, ottobre 2010, n. 16, reperibile [online](#).

¹²⁵ Per tutti i dettagli dell'operazione e dell'opzione c.d. «Par option» cfr. il sito https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/us_prospectus_version_ingles_30042010.pdf.

Ragionando più in generale, le esenzioni basate su questo meccanismo potrebbero assumere due forme: o un'esenzione *tout court*, in cui le obbligazioni al di sotto del limite massimo non sono interessate dall'offerta di scambio e, quindi, non sono condizionate dall'attivazione delle CACs *single-limb*; o uno scambio con nuove obbligazioni dallo stesso valore nominale.

Le due opzioni comportano, naturalmente, importanti conseguenze giuridiche. Nel primo caso, difatti, sopravvivendo i titoli originali, le obbligazioni esentate sarebbero completamente escluse dal calcolo del *quorum* dell'assemblea e, di conseguenza, dal voto nel processo di ristrutturazione. Nella seconda fattispecie, invece, le vecchie obbligazioni verrebbero scambiate con delle nuove – come detto, dal valore nominale identico, ma con scadenza successiva – ed i loro titolari sarebbero autorizzati a votare, facilitando così il raggiungimento del *quorum* richiesto per la ristrutturazione complessiva del debito. Al momento questa seconda opzione sembra preferibile in quanto capace di conciliare le esigenze dei piccoli investitori con quelle degli Stati in *default*.

10. Cenni conclusivi.

Le riflessioni sin qui svolte – è opportuno chiarirlo – non intendono porre in discussione l'utilità delle CACs in caso di crisi del debito sovrano e conseguente necessità di ristrutturazione dei conti pubblici. La storia, difatti – ed in particolare il *default* argentino – ha ampiamente dimostrato la difficoltà di realizzare tale compito in assenza di strumenti contrattuali di risoluzione delle crisi, ovvero in assenza di clausole di azione collettiva all'interno dei titoli di Stato.

Quello che in tale sede, invece, si intende discutere è l'opportunità di realizzare in siffatto periodo storico un drastico passaggio da clausole *double-limb* a CACs *single-limb*, e ciò per diverse ragioni. In primo luogo, la previsione di CACs *single-limb* nei nuovi titoli di Stato dell'eurozona, più che essere finalizzata ad agevolare l'accesso al credito da parte degli Stati, sembra essere esclusivamente propedeutica al rafforzamento della stretta condizionalità che governa il MES e dunque, più in generale, al consolidamento del MES quale strumento di *governance* macroeconomica sbilanciato verso logiche di *austerity*¹²⁶.

In secondo luogo, questa massima propensione alla ristrutturazione non è stata compensata, al momento, dalla predisposizione di effettivi strumenti di tutela a favore degli investitori, dimenticando dunque, evidentemente, come la categoria degli investitori sia una categoria ampiamente eterogenea, contenente al proprio interno non solo grandi enti creditizi, fondi sovrani e *vulture funds*, ma anche risparmiatori e piccoli investitori.

¹²⁶ Una impressione che diventa sostanzialmente certezza se si legge la riforma del MES nel suo complesso. Sul punto cfr. *ex multis* A. SCAFFIDI, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la solidarietà negata*, cit., p. 66 ss.

Alla luce di questa netta scelta di campo, non stupisce quindi la palese incertezza che regna in sede giurisdizionale (nazionale e sovranazionale), nonostante il valore costituzionale formalmente riconosciuto al risparmio¹²⁷.

La speranza, dunque, è che l'*Economic and Financial Committee* – anche alla luce di quanto emerso dalla Conferenza per il futuro per l'Europa¹²⁸ – prenda seriamente in considerazione tali problematiche e ripensi rapidamente alle modalità di funzionamento delle CACs visto che, nel frattempo, si è optato per posticiparne l'ingresso «al primo giorno del secondo mese successivo all'entrata in vigore delle modifiche al Trattato europeo istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità»¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. art. 47 Cost. Più in generale sul tema cfr. G. ARIOLLI, *La tutela del risparmio. Quaderno di sintesi della giurisprudenza costituzionale*, reperibile [online](#).

¹²⁸ Cfr. *Conference on the Future of Europe, Report on the final outcome*, cit., p. 54: «Reviewing the EU's economic governance [...] in order to ensure that the green and digital transitions, social justice and social progress go hand-in-hand with economic competitiveness».

¹²⁹ Cfr. [press release](#) *The ESM Members within the Economic and Financial Committee have agreed to introduce the single-limb Collective Action Clauses on the first day of the second month following the entry into force of the ratification of the Agreement amending the ESM Treaty*, 7 December 2021, p. 1: «The introduction of the single-limb CACs will thus take place in all Member States concerned on the first day of the second month following the entry into force of the AA-ESMT. It will not be as of 1 January 2022 as previously contemplated by the AA-ESMT».

ABSTRACT: La recente revisione del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità ha previsto, tra le varie novità, l'inserimento di clausole d'azione collettiva con approvazione a maggioranza unica (le cc.dd. CACs *single-limb*) nei titoli di Stato della zona euro di nuova emissione e con scadenza superiore a un anno. Dopo una ricognizione della prassi europea ed internazionale in materia di clausole di azione collettiva, il contributo esamina le criticità di tale riforma – in particolare l'incidenza negativa che essa ha sui diritti degli investitori – tentando di proporre alcuni correttivi.

PAROLE CHIAVE: MES; riforma; clausole d'azione collettiva; crisi del debito sovrano.

The introduction of single-limb CACs in eurozone government securities: budget protection at the cost of investors?

ABSTRACT: *The recent reform of the Treaty establishing the European Stability Mechanism has introduced, among other novelties, the inclusion of collective action clauses with single-majority approval (the so-called single-limb CACs) in all new euro area government securities, with maturity above one year. After a review of European and international practice on collective action clauses, the paper examines the critical aspects of this reform, as well as its negative impact on investors' rights, and finally proposes some corrective measures.*

KEYWORDS: *ESM; reform; collective action clauses; sovereign debt crisis.*

I criteri di daziabilità delle *royalties* tra *soft law* e principi giurisprudenziali

Cristina Faone*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. I criteri di determinazione del valore doganale. – 3. I corrispettivi e i diritti di licenza. – 4. I presupposti di tassabilità delle *royalties*. La riferibilità alle merci importate. – 5. Il pagamento delle *royalties* quale condizione della vendita. – 6. Il legame tra il licenziante e il fornitore/produttore. La nozione di controllo. – 7. Il pagamento effettuato per obbligo del venditore e l'impossibilità di vendita. – 8. Gli indicatori proposti con le *soft laws*. – 9. La dimensione nazionale delle sanzioni: un limite alla concorrenza? – 10. Conclusioni.

1. Premesse.

Un elemento dell'accertamento doganale, ai sensi dell'art. 8 del D.lgs. n. 374 del 1990, è il valore delle merci dichiarate, insieme alla quantità, alla qualità e all'origine¹.

La determinazione del valore di un'operazione doganale è indubbiamente un'attività delicata ed allo stesso tempo complessa.

Delicata in quanto il valore doganale rileva non soltanto al fine di individuare la base imponibile su cui calcolare i dazi e le tasse di effetto equivalente applicabili sulla tariffa doganale comune, così come i dazi *antidumping*, compensativi ed eventuali misure di salvaguardia a contenuto tariffario, ma anche per il calcolo delle imposizioni all'importazione previste dalla fiscalità interna nonché per le statistiche del commercio estero.

È un'operazione complessa perché, dovendo rispondere alle esigenze dell'ordinamento internazionale ed unionale, prima fra tutte quella per cui l'importo

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Verona, e funzionario presso l'Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli. Si rappresenta che le opinioni espresse con il presente elaborato sono strettamente personali e non impegnano in alcun modo l'Agenzia o i loro rappresentanti. Il presente lavoro è il risultato della partecipazione al Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali accreditato dalla Commissione europea come *high-quality customs-specific study programme (EU Reference Training Programmes for Academic Customs Education)*.

¹ Si tratta degli elementi «oggettivi» della dichiarazione che, unitamente alla richiesta di trattamenti preferenziali e di aliquote agevolate, includono gli aspetti sintomatici dell'obbligazione doganale anche nella fase dell'accertamento. V. A. ELIA, *Obbligazione Doganale (Parte Prima)*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 5, 2018, p. 2297. Merita, inoltre, evidenziare come la giurisprudenza osservi che, sebbene l'art. 303 del D.P.R. n. 43 del 1973 (TULD), nel sanzionare l'illecito del contrabbando, si riferisca testualmente solo alla falsa dichiarazione circa la quantità, qualità e valore, la disposizione deve intendersi riferita anche alle false attestazioni sull'origine della merce importata. In tale senso, *ex plurimis*, v. Corte di cassazione, Sez. trib., 27 luglio 2012, n. 13489; Comm. Trib. Prov., Milano, Sez. I, 21 febbraio 2017, n. 1516.

individuato corrisponda a valori reali ed attendibili, è necessario individuare criteri e metodologie uniformi nel territorio doganale per la determinazione del valore affinché si sterilizzino le eventuali distorsioni della concorrenza.

Certamente il valore doganale è diventata una materia di particolare interesse per gli operatori del diritto quando si è passati da un sistema tariffario basato su dazi specifici ad uno principalmente basato sui dazi *ad valorem*², quale è quello oggi vigente.

Nell'elaborazione condivisa di criteri e metodologie per la determinazione del valore in dogana, un punto di svolta si ebbe nel 1979 quando, tra i paesi aderenti al *General Agreement on Tariff and Trade* 1947 (GATT), fu stipulato l'accordo per l'applicazione dell'art. VII (c.d. Accordo sul valore) cui la Comunità Economica Europea ha aderito con decisione n. 80/271/CEE³.

Tale articolo e le relative note interpretative sono, poi, confluiti nel Codice doganale Comunitario del 1992 (CDC) e, poi, nell'Allegato I dell'Accordo di Marrakech istitutivo del World Trade Organization (WTO).

I criteri e le metodologie per la determinazione del valore sono, oggi, descritti negli artt. 69 e ss. del Reg. n. 952/2013 (CDU) e negli artt. 127 e ss. del Reg. UE n. 2447 del 2015 (RE).

2. I criteri di determinazione del valore doganale.

Il criterio primario di determinazione del valore⁴, ai sensi dell'art. 70 del CDU, è quello di transazione, «cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato».

Come precisato dalla Corte di Giustizia⁵, il valore di transazione deve riflettere il valore economico reale della merce importata.

² Il sistema tariffario basato sui dazi *ad valorem* fu scelto dal Sottocomitato del valore per l'elaborazione della definizione del valore in dogana che, nel 1949, faceva parte del Gruppo di studi per l'Unione doganale europea del Comitato di Cooperazione economica europea. Per un approfondimento sull'evoluzione dei criteri e dei metodi per la determinazione del valore in dogana v. P. BELLANTE, *Il sistema doganale*, Torino, 2020, p. 665 e ss.

³ Tale accordo è costruito intorno alla nozione di valore attuale delle merci inteso come il prezzo al quale, nel tempo e nel luogo stabilito dall'ordinamento giuridico del paese di importazione, tali merci o merci similari sono vendute o offerte per la vendita in condizioni di libera concorrenza.

⁴ Anche l'Accordo per l'applicazione dell'art. VII del GATT 1947, oggi All. 1A all'Accordo istitutivo della WTO, articola le regole per la determinazione del valore in dogana in un criterio primario e, ove questo non sia applicabile, in criteri secondari in rapporto gerarchico discendente tra loro, nel senso che si può adottare il criterio previsto ad un livello gerarchico inferiore solo se è impossibile determinare il valore della merce secondo il criterio posto nel livello superiore.

⁵ Cfr., *ex plurimis*, Corte di giustizia, sentenza del 20 dicembre 2017, [causa C-529/16, Hamamatsu](#), EU:C:2017:984, e Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 16 novembre 2016, [causa C-304/14, Secretary of State for the Home Department c. CS](#), EU:C:2016:674.

A mente dell'art. 128 del RE⁶, il valore di transazione deve riferirsi al prezzo pagato per l'ultima vendita internazionale effettuata e, cioè, quella in forza della quale i beni vengono introdotti nel territorio UE⁷.

Mancando nell'ordinamento doganale dell'UE una nozione unitaria di vendita giuridicamente rilevante, in passato ci si era chiesti se il criterio primario del valore di transazione potesse essere adottato anche ove l'operazione commerciale si inscrivesse nell'ambito non di una vendita *strictu sensu* ma di un contratto di lavorazione.

In proposito, con il cennato Accordo sul valore, il Comitato tecnico della WCO stabilisce che «in linea con l'intento di base dell'Accordo, secondo cui il valore di transazione delle merci importate deve essere usato nella massima misura possibile ai fini del valore in dogana, l'uniformità di interpretazione e di applicazione può essere raggiunta considerando il termine "vendita" nel senso più ampio».

Anche la Corte di Giustizia ha precisato che solo l'adozione di una nozione ampia di vendita consentirebbe di evitare l'impiego in dogana di valori fittizi o arbitrari includendo nel valore doganale anche elementi integrativi obbligatori del prezzo pagato o da pagare⁸.

Fermo quanto detto, dal combinato disposto degli artt. 70 e 71 del CDU, 129 del RE e 1 e 8 dell'Accordo per l'applicazione dell'art. VII GATT 1994, è, comunque, possibile affermare che non possono essere considerate vendite le cessioni a titolo gratuito e quelle di campioni, nonché la cessione di merce oggetto di contratti di c.d. *consignment stock* o di comodato, di noleggio o *leasing*.

Nella previgente disciplina, in caso di vendite a catena, era prevista la possibilità di adottare, quale base imponibile per il valore doganale, il prezzo della prima vendita (*first sale price*)⁹.

Si trattava di una previsione normativa volta chiaramente a favorire le importazioni

⁶ La disposizione prevede che: «Il valore di transazione delle merci vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione è fissato al momento dell'accettazione della dichiarazione doganale sulla base della vendita avvenuta immediatamente prima che le merci venissero introdotte in tale territorio doganale.

Se le merci sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione non prima di essere introdotte in tale territorio doganale ma mentre si trovano in custodia temporanea o sono vincolate a un regime speciale diverso dal transito interno, dall'uso finale o dal perfezionamento passivo, il valore di transazione è determinato sulla base di tale vendita».

⁷ In proposito si rinvia alle casistiche delineate da L. UGOLINI, *Il nuovo valore di transazione nel CDU e la disciplina delle royalties*, in *Corriere tributario*, n. 47, 2016, p. 3678 e ss.

⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 2013, [causa C-116/12](#), *Christodoulou e altri c. Dimosio*, EU:C:2013:825.

⁹ Infatti, l'art. 147, comma 1, secondo capoverso delle Disposizioni Attuative del CDC (c.d. DAC), consentiva all'importatore di dichiarare all'autorità doganale il prezzo relativo ad una transazione anteriore rispetto a quella con cui era stata realizzata l'introduzione nel territorio comunitario, attribuendo così alle merci un valore inferiore rispetto a quello risultante dall'ultima cessione. Sul punto, v. M. SCUFFI, G. ALBENZIO e M. MICCINESI, *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali*, Milano, 2014, pp. 436 e 437.

nel territorio UE¹⁰ rappresentando un vantaggio anche nella valorizzazione dei trasferimenti infra-gruppo; l'esportatore-società madre, infatti, poteva fare dichiarare alle società-figlie europee non il prezzo da lei stessa applicato ma quello che a lei era stato applicato dai fornitori al netto dei propri margini di utile¹¹.

Sebbene il legislatore del CDU abbia abbandonato la possibilità di ricorrere al *first price sale*, l'art. 128 del RE offre una nuova opzione per far risalire il prezzo alla vendita precedente, vincolandone l'operatività alla circostanza che la vendita cui fare riferimento avvenga, per esempio, in regime di deposito doganale.

Segnatamente, il par. 2 prevede che: «Se le merci sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione non prima di essere introdotte in tale territorio doganale ma mentre si trovano in custodia temporanea o sono vincolate a un regime speciale diverso dal transito interno, dall'uso finale o dal perfezionamento passivo, il valore di transazione è determinato sulla base di tale vendita».

In altre parole, se le merci vengono fisicamente introdotte in un deposito nel territorio della UE, ancora di proprietà del venditore, e poi vengano cedute - anche più volte in costanza del regime sospensivo - è ammessa la possibilità per l'operatore economico di adottare quale prezzo di transazione quello pattuito con la prima vendita.

3. I corrispettivi e i diritti di licenza.

Il valore di transazione, quale base imponibile per la liquidazione del dazio, rappresenta solo un dato di partenza¹², che, come accennato, deve essere adeguato tenendo conto delle variabili in aumento e in diminuzione¹³ contemplate dagli artt. 71 e 72 del CDU.

Tra gli elementi di cui occorre tenere conto nella ricostruzione del valore doganale, ai sensi dell'art. 71 del CDU, per quanto di interesse, spicca: «il valore, attribuito in misura adeguata, dei prodotti e servizi qui di seguito elencati, qualora questi siano forniti

¹⁰ Come, d'altronde, di recente evidenziato da Comm. Trib. Reg., La Spezia, Sez. I., 3 dicembre 2021, n. 942. Inoltre, con la sentenza della Comm. Trib. Reg., Liguria, Sez. I., 28 gennaio 2015, n. 139 si è affermato che «Per poter applicare l'art. 147 occorrono tre requisiti:

- a) devono essere avvenute più transazioni, prima dell'importazione definitiva;
- b) le merci, fin dall'origine, devono essere destinate all'importazione in ambito UE;
- c) l'importatore deve dimostrare il valore della prima vendita».

¹¹ In tali termini, si esprime l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli con la Circolare del 6 novembre 2015, n. 16/D.

¹² Inoltre, quando l'operazione economica non rientra nell'ambito di una nozione di vendita, per quanto questa sia stata intesa in senso lato come detto, oppure sussista anche una sola delle condizioni individuate nel cennato art. 70, par. 3, il valore della merce da dichiarare non può essere basato sul prezzo della transazione ma occorre fare ricorso ai criteri secondari di cui all'art. 74, par. 2, del CDU.

¹³ Come precisato dall'Agenzia delle Dogane, con la Circolare del 19 aprile 2016, n. 8/D, a differenza della precedente disciplina contenuta nel CDC, a partire dal 1° maggio 2016, gli aggiustamenti negativi non devono più essere indicati separatamente in fattura, ma possono essere incorporati nel prezzo pagato o da pagare, purché facilmente determinabili.

direttamente o indirettamente dal compratore, senza spese o a costo ridotto e siano utilizzati nel corso della produzione e della vendita per l'esportazione delle merci importate, nella misura in cui detto valore non sia stato incluso nel prezzo effettivamente pagato o da pagare: [...]

- iv) i lavori di ingegneria, di sviluppo, d'arte e di design, i piani e gli schizzi eseguiti in un paese non membro dell'Unione e necessari per produrre le merci importate;
- a) i corrispettivi e i diritti di licenza relativi alle merci da valutare, che il compratore, direttamente o indirettamente, è tenuto a pagare come condizione per la vendita delle merci da valutare, nella misura in cui detti corrispettivi e diritti di licenza non siano stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare [...]

Dalla disposizione richiamata emerge come i diritti di licenza siano rilevanti ai fini del valore doganale¹⁴.

Tale circostanza discende proprio dalla natura immateriale dei beni in discussione¹⁵.

Infatti, la cessione dei diritti di sfruttamento di un bene immateriale configura una prestazione di servizi, operazione che, generalmente, non è oggetto di dazio doganale. La daziabilità di tali valori economici, quindi, potrà avvenire solo all'esito della verifica che gli stessi si riferiscano direttamente alle merci importate e non alle predette prestazioni.

L'inclusione nel valore doganale, tuttavia, non è automatica.

Invero, la Direzione Generale Fiscalità ed Unione Doganale della Commissione Europea (TAXUD), nell'elaborare il documento n. B4/ (2016) 808781, che contiene le cc.dd. Linee Guida Unionali, approvate dal Comitato Esperti del Valore in Dogana¹⁶, ha chiarito che il CDU e il Reg. UE di Esecuzione n. 2447/2015 (d'ora in poi, RE) «non contemplano l'ipotesi che le royalties ed i diritti di licenza siano automaticamente inclusi nel valore in dogana».

La Commissione Europea, in sostanza, impone l'adozione di un criterio sostanziale nella verifica della daziabilità delle *royalties*, che potranno essere considerate tassabili solo se, all'esito dell'esame dei vincoli contrattuali e giuridici stabiliti dalle parti, sia dimostrato che i diritti di proprietà intellettuale costituiscano condizione della vendita.

Tale approccio è stato adottato anche dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

¹⁴ Infatti, l'art. 8, par. 1, lett. c) dell'Accordo sul valore, a mente del quale: «In determining the customs value under the provisions of Article 1, there shall be added to the price actually paid or payable for the imported goods: ... c) royalties and licence fees related to the goods being valued that the buyer must pay, either directly or indirectly, as a condition of sale of the goods being valued, to the extent that such royalties and fees are not included in the price actually paid or payable».

¹⁵ Con la sentenza del 19 novembre 2019, [causa C-775/19, 5th Avenue Products Trading](#), EU:C:2020:948, la Corte di Giustizia UE ha affermato che l'elenco contenuto nell'art. 71 CDU non è a numero chiuso ritenendo includibile nel valore doganale anche il corrispettivo versato dall'importatore per la concessione di un diritto di distribuzione esclusiva delle merci determinato in proporzione al fatturato annuo risultante dalle vendite delle merci.

¹⁶ Il nome per esteso di tali Linee Guida è «*Guidance – Customs Valuation Implementing Act Articles 128 and 136 UCC IA Article 347 UCC IA*» ed hanno sostituito il documento di TAXUD n. 800/2002.

che, con la Nota n. 69073/RU del 17 giugno 2016, recependo gli orientamenti di TAXUD, ha osservato come, dal momento che «l'articolo 136 CDU/ atti di esecuzione non richiede che ... le royalties ed i diritti di licenza siano da includere nel valore in dogana a meno che il dichiarante non dimostri il contrario. Le dogane esamineranno tutti i contratti commerciali o raggiungeranno delle conclusioni sugli obblighi e le intenzioni contrattuali, laddove necessario».

Segnatamente, l'importo dei diritti di licenza relativi alle merci concorre alla formazione del valore doganale quando:

- non sono già inclusi nel prezzo pagato dall'importatore;
- si riferiscono alle merci da valutare;
- il compratore, direttamente o indirettamente, è tenuto a pagarli come condizione per la vendita dei beni¹⁷.

Si tratta di requisiti cumulativi tra loro, sicché la mancanza di uno solo di essi esclude la tassabilità delle *royalties*.

Se il primo requisito non pone particolari questioni interpretative, lo stesso non può dirsi per gli altri due presupposti, sui quali, pertanto, si discuterà nei paragrafi successivi.

4. I presupposti di tassabilità delle *royalties*. La riferibilità alle merci importate.

Al fine di determinare se il prezzo corrisposto per l'utilizzo dei diritti di licenza debba essere incluso nel valore delle merci in dogana occorre, in primo luogo, verificare se le *royalties* corrisposte siano riferite alle merci importate.

L'art. 136, par. 1 del RE stabilisce che: «Alle merci importate sono connessi corrispettivi e diritti di licenza se, in particolare, i diritti trasferiti nell'ambito dell'accordo relativo alla licenza o ai corrispettivi sono incorporati nelle merci. Il metodo di calcolo dell'importo dei corrispettivi o dei diritti di licenza non è determinante».

La Direzione TAXUD della Commissione UE, con il citato documento n. B4/(2016) 808781, ha precisato che si può ricavare un riferimento diretto alle merci importate quando queste incorporino già il marchio per il quale viene pagato il diritto di licenza oppure quando siano costituite da ingredienti o componenti oggetto della licenza. In questi casi, infatti, sarebbe difficile negare che le merci costituiscono l'oggetto del

¹⁷ In particolare, con la sentenza del 5 giugno 2020, n. 10687, la Corte di cassazione, sebbene con riguardo ad un'ipotesi soggetta alla vecchia disciplina del CDC, ma le medesime considerazioni valgono anche per la disciplina contenuta nel CDU, ha osservato che: «deve concludersi, in coerenza con quanto affermato nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 9 marzo 2017, GE Healthcare, che la rettifica prevista dall'art. 32, par. 1, lett. c), del codice doganale comunitario [oggi, anche l'art. 71, paragrafo 1, lett. c) del CDU - ndr] si applica quando ricorrono le seguenti tre condizioni cumulative: in primo luogo, che i corrispettivi o i diritti di licenza non siano stati inclusi nel prezzo effettivamente pagato o da pagare; in secondo luogo, che essi si riferiscano alle merci da valutare; e, in terzo luogo, che l'acquirente sia tenuto a versare tali corrispettivi o diritti di licenza come condizione della vendita delle merci da valutare» (Corte di cassazione, Sez. trib., 5 giugno 2020, n. 10687).

contratto di licenza.

A medesime conclusioni dovrebbe giungersi, secondo i giudici unionali, quando i diritti di licenza si riferiscono solo in parte ai prodotti importati - venendo versati, per la parte residuale, quale corrispettivo di una prestazione di servizi - dal momento che la Corte di Giustizia UE ha chiarito che le *royalties* che assumono rilievo ai fini doganali non devono necessariamente riferirsi a tutti i prodotti importati¹⁸.

Ed ancora.

A dispetto di quanto testualmente previsto dal RE (nella parte in cui all'art. 136, come detto, stabilisce che «il metodo di calcolo dell'importo dei corrispettivi o dei diritti di licenza non è determinante») la giurisprudenza domestica¹⁹ ha affermato che, laddove i diritti di licenza vengano calcolati sull'importato, e cioè sui prodotti fabbricati dall'operatore estero, è da ritenersi che tali diritti si riferiscano alle merci importate e, quindi, debbano essere inclusi nel valore doganale. Diversamente, quando le *royalties* sono calcolate in proporzione al fatturato della licenziataria (magari anche al netto dei resi e dell'invenduto), dovrebbe escludersene la daziabilità.

Tale criterio ermeneutico, se avallato anche dalla Corte di Cassazione, potrebbe condurre alla valorizzazione, nella prassi, di un elemento che, oltre ad essere testualmente considerato irrilevante dal legislatore unionale, sarebbe del tutto astratto, a dispetto, invece, dell'approccio sostanzialistico che, come detto, rappresenta il *focus* che deve guidare operatori e interpreti nella determinazione del valore doganale, conducendo, in alcuni casi, anche a conclusioni errate²⁰.

¹⁸ V. Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2017, [causa C-173/15](#), *GE Healthcare GmbH*, EU:C:2017:195, che si è pronunciata in relazione ad una vicenda in cui il contratto di licenza prevedeva l'obbligo, in capo alla licenziataria, di versare i corrispettivi e i diritti di licenza relativi all'utilizzo del marchio per le merci importate, con eccezione di alcune di queste che, invece, potevano essere utilizzate, sotto tale marchio, in regime di esenzione (si trattava di quelle rivendute ad altre filiali del gruppo di cui faceva parte la licenziante, di quelle da utilizzare a fini sperimentali, dei campioni e delle merci da destinare alla rottamazione). Ebbene, in tale occasione i Giudici unionali hanno statuito che: «L'articolo 158, paragrafo 3, del regolamento n. 2454/93 dispone, infatti, che se i corrispettivi e i diritti di licenza si riferiscono in parte alle merci importate e in parte ad altri elementi o componenti aggiunti alle merci successivamente alla loro importazione, oppure ad attività o servizi svolti successivamente all'importazione, si effettua un'opportuna ripartizione basandosi solo su dati obiettivi e quantificabili, conformemente alla nota interpretativa relativa all'articolo 32, paragrafo 2, del codice doganale, di cui all'allegato 23 del regolamento n. 2454/93 ... Alle luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 32, paragrafo 1, lettera c), del codice doganale dev'essere interpretato nel senso che, da un lato, non impone che la determinazione dell'importo dei corrispettivi o dei diritti di licenza avvenga al momento della conclusione del contratto di licenza o dell'insorgenza dell'obbligazione doganale affinché tali corrispettivi o diritti di licenza siano considerati come relativi alle merci da valutare e, dall'altro lato, consente che i corrispettivi e detti diritti di licenza medesimi vengano considerati «relativi alle merci da valutare», quand'anche si riferiscano soltanto in parte alle merci medesime».

¹⁹ Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sez. VII, 9 luglio 2018, n. 3151; Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sez. IX, 30 maggio 2018, n. 2493.

²⁰ In questo senso, M. FABIO, *Manuale di diritto e pratica doganale*, Milano, 2020, p. 235, evidenzia come, in caso di importazione di un componente o di un ingrediente del prodotto oggetto di licenza, il pagamento delle *royalties*, ancorché basato sulla realizzazione della vendita del prodotto, possa anche non riferirsi affatto ai beni importati.

5. Il pagamento delle *royalties* quale condizione della vendita.

Come accennato, ai sensi dell'art. 71, del CDU, i diritti di licenza devono comporre la base imponibile per la liquidazione dei dazi quando sono condizioni della vendita.

In proposito, la giurisprudenza di merito ha osservato che se la tassabilità delle *royalties* fosse avulsa da tale requisito, il pagamento dei diritti sarebbe assoggettato ad una doppia imposizione ai fini IVA e, cioè, sia al momento dell'importazione sia in quanto prestazione di servizi al momento dell'effettivo pagamento da parte del licenziante²¹.

L'art. 136, par. 4 del RE chiarisce che i corrispettivi e i diritti di licenza sono condizione della vendita quando è soddisfatto uno dei seguenti requisiti:

«a) il venditore o una persona ad esso collegata chiede all'acquirente di effettuare tale pagamento;

b) il pagamento da parte dell'acquirente è effettuato per soddisfare un obbligo del venditore, conformemente agli obblighi contrattuali;

c) le merci non possono essere vendute all'acquirente o da questo acquistate senza versamento dei corrispettivi o dei diritti di licenza a un licenziante»²².

Nella previgente disciplina, se le *royalties* erano dovute ad un soggetto diverso dal fornitore estero (il c.d. scenario a tre parti²³), la daziabilità delle stesse era subordinata a tre requisiti cumulativi: *i*) il pagamento doveva essere specificamente riferibile alle merci oggetto di valutazione; *ii*) il pagamento doveva essere una condizione del contratto di vendita delle merci; *iii*) il venditore o una persona ad esso legata doveva chiedere all'acquirente di effettuare il pagamento delle *royalties*.

Nell'attuale disciplina, quindi, se i requisiti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 136, par. 4 del RE ricalcano, di fatto, le ipotesi che erano già previste dall'ordinamento unionale, sembra comunque emergere una *voluntas legis* tesa ad estendere le ipotesi in cui i diritti di licenza devono essere inclusi nella determinazione del valore doganale, essendo stata eliminata la regola della cumulatività dei requisiti cui è subordinata la loro tassazione.

6. Il legame tra il licenziante e il fornitore/produttore. La nozione di controllo.

²¹ Cfr. la già citata Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sez. IX, 30 maggio 2018, n. 2493 ove si afferma che: «i corrispettivi dei diritti di licenza costituiscono prestazioni di servizi imponibili ai fini IVA e, pertanto, laddove la rettifica del valore di dogana non fosse legato al presupposto che le *royalties* possono essere aggiunte al prezzo delle merci importate solo se costituiscono condizione per la vendita delle merci, il pagamento di tali diritti sarebbe assoggettato ad una doppia imposizione, sia all'atto dell'importazione, che a quello successivo dell'effettivo pagamento al licenziante».

²² Tale requisito, di cui alla lett. c) della disposizione in esame, non era previsto nella precedente disciplina.

²³ La fattispecie è stata definita dall'Agenzia delle Dogane, con la Circolare n. 21/D del 30 novembre 2012, «scenario a tre parti».

Con riguardo alla sussistenza di un legame tra il licenziante e il fornitore/produttore, l'art. 127, primo paragrafo, lett. f) del RE prevede che «due persone sono considerate legate se ... l'una e l'altra sono direttamente o indirettamente controllate da una terza persona».

Ai sensi del successivo paragrafo 3: «si ritiene che una parte controlli l'altra quando la prima è in grado, di diritto o di fatto, di imporre orientamenti alla seconda».

Innanzitutto, è certamente integrata la nozione di controllo rilevante ai fini della daziabilità delle *royalties* (che, per comodità, qui definiremo «controllo qualificato») quando sussiste un controllo di diritto. In tale senso, recentemente, in un caso in cui la licenziataria aveva stipulato un contratto di agenzia con un'altra società, incaricata degli acquisti dai produttori esteri, è stata affermata la daziabilità delle *royalties* dal momento che le quote sociali dell'agente erano per la maggior parte detenute dalla licenziante²⁴.

Laddove, invece, manchi un controllo di diritto occorre verificare la sussistenza di un controllo di fatto; un'indagine che, è intuibile, presenta contorni non sempre nitidi.

Per condurre tale verifica, non si può non partire da quanto affermato dall'Agazia delle Dogane che, con la Circolare n. 21/D del 30 novembre 2012, ha chiarito la necessità che il controllo esercitato dalla licenziante «vada oltre il controllo di qualità».

Nonostante le indicazioni fornite nel citato documento di prassi, sul tema si registrano due diversi indirizzi giurisprudenziali.

Secondo una prima tesi, il «controllo qualificato» sarebbe ravvisabile anche nei casi in cui il titolare del marchio detti regole di produzione che sono unicamente finalizzate a contrastare la contraffazione o ad assicurarsi il rispetto dei codici etici, per i lavoratori e per l'ambiente²⁵.

Un altro indirizzo ermeneutico, invece, più recente, ai fini dell'integrazione del requisito della condizione della vendita in esame, richiede la sussistenza di un potere di orientamento e di controllo concreto sul processo produttivo, sulla logistica, sulla consegna delle merci, sui possibili acquirenti, sui prezzi di vendita e così via²⁶.

Volendo fornire un'indicazione, meramente esemplificativa, degli elementi presi in

²⁴ Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sez. IX, 27 luglio 2021, n. 2933.

²⁵ In tale senso, si veda Corte di cassazione, Sez. trib., 27 maggio 2020, nn. 9889 e 9890; Corte di cassazione, Sez. trib., 11 febbraio 2020, n. 3257.

²⁶ Da ultimo v. Corte di cassazione, Sez. trib., Ord., 21 gennaio 2021, n. 1041; Corte di cassazione, Sez. trib., 5 giugno 2020, nn. 10686 e 10687. V. anche Corte di cassazione, Sez. trib., 13 febbraio 2020, n. 3595 che ritiene sussistere un «mero» controllo di qualità quando le clausole contrattuali «possono essere intese soltanto come finalizzate, all'esito del ciclo produttivo, alla tutela a favore della licenziante di caratteristiche estetiche e qualitative che garantiscano la corrispondenza dei prodotti agli elementi distintivi del marchio, e quindi della riconoscibilità ed apprezzabilità del prodotto commerciato dalla licenziataria, senza che il riscontro di tali qualità e caratteristiche, che attiene al risultato finale del processo produttivo, possa di per sè incidere, neppure indirettamente, sull'autonomia delle scelte organizzative ed operative del produttore - venditore extracomunitario». Cfr. anche Comm. Trib. Reg. Liguria, Sez. I., 3 dicembre 2021, n. 942.

considerazione al fine di escludere l'inclusione delle *royalties* nel valore doganale, la Corte di cassazione, richiamando le Linee Guida di TAXUD n. 800/2002 e, nello specifico, gli indicatori tratti dall'esemplificazione presente nel Commento n. 11 sull'art. 32, par. 1, lett. c) del CDC, in una vicenda concernente uno scenario c.d. a tre parti, ha confermato la sentenza della Corte territoriale che aveva escluso la daziabilità dei diritti versati per lo sfruttamento di un marchio valorizzando sia la circostanza che il controllo del licenziante riguardava unicamente la qualità del prodotto, senza alcuna imposizione alla licenziataria circa la scelta dei produttori, sia la sussistenza di un rapporto solo tra licenziante e licenziatario²⁷.

Parimenti, in un'altra occasione, è stato dato rilievo alla presenza di clausole nell'accordo di licenza che riconoscevano alla licenziataria la facoltà di ideazione, progettazione, realizzazione e produzione dei prodotti importati e che prevedevano la sua libertà di scelta dei produttori e nell'utilizzo di determinati materiali o particolari componenti, evidenziandosi, inoltre, che i poteri riconosciuti alla licenziante si sostanziavano in una verifica della qualità dei prodotti realizzati in relazione al rispetto di «idonei *standard*» e, in quanto tale, privi di rilevanza ai fini dell'individuazione di una situazione di controllo²⁸.

Sembra, quindi, possibile tracciare una distinzione nella nozione di controllo.

Da un lato, vi è il controllo di qualità, con cui il licenziante impone alcune regole di produzione volte a tutelare il marchio commerciale concesso per lo sfruttamento oppure per garantire il rispetto di codici etici; dall'altro lato, invece, vi è il controllo sul produttore che sussiste quando, tra licenziante e licenziatario, vengano pattuite clausole che realizzino una vera e propria restrizione dei diritti del produttore.

Nell'ambito del cennato indirizzo più favorevole all'operatore economico, poi, la giurisprudenza ha attribuito rilevanza alla clausola convenzionale con cui si pattuisca che il controllo da parte del licenziante venga esercitato a posteriori sull'attività del produttore, lasciando ricadere (per esplicita previsione) sulla licenziataria il rischio dell'eventuale inidoneità della merce a soddisfare i requisiti qualitativi richiesti dal marchio.

In questo caso, infatti, sarebbe evidente che il controllo, anche qualitativo, non si realizza nel corso del ciclo produttivo medesimo, lasciandone pienamente responsabile il terzista estero nei confronti della licenziataria e quest'ultima verso la licenziante, secondo gli ordinari canoni della responsabilità contrattuale²⁹.

Alla luce della soluzione ermeneutica più recente è, quindi, evidente che il controllo è inteso in un'accezione ampia nella misura in cui ci si accontenta di un potere di «orientamento» che, tuttavia, deve ricadere sul produttore e non sui prodotti importati.

²⁷ Cfr. Corte di cassazione, Sez. trib., 9 ottobre 2020, n. 21775.

²⁸ V. Corte di cassazione, Sez. trib., 16 ottobre 2020, n. 22480.

²⁹ Cfr. la già citata Corte di cassazione, Sez. trib., 13 febbraio 2020, n. 3595.

Si tratta, inoltre, di una nozione necessariamente casistica che, in tale senso, ben si coordina con la nozione economica del valore doganale, la quale si traduce nel rilievo, anch'esso di fatto, degli elementi che definiscono il valore economico del bene³⁰.

Ne discende che, non soltanto l'Agenzia delle Dogane, al fine di procedere ad una rettifica in aumento del valore doganale, deve dare conto degli elementi concreti su cui si basa la contestazione³¹ ma anche i giudici sono tenuti a ponderare detti elementi onde verificare la fondatezza del ricorso proposto dal contribuente avverso un avviso di accertamento in rettifica³².

7. Il pagamento effettuato per obbligo del venditore e l'impossibilità di vendita.

Come visto, il pagamento delle *royalties* costituisce condizione della vendita anche quando lo stesso è effettuato per obbligo del venditore.

Con riguardo a tale requisito, l'Agenzia delle Dogane, con la cennata Circolare n. 21/D del 30 novembre 2012, ne ha ravvisato la sussistenza quando l'accordo di licenza prevede la risoluzione del contratto di compravendita in caso di mancato pagamento dei diritti di licenza.

In tale ipotesi, invero, il legame tra la compravendita e lo sfruttamento dei beni immateriali è talmente forte da determinare, addirittura, la caducazione del primo in caso di mancato adempimento del secondo, con la conseguenza che sarebbe difficile sostenere che il valore delle merci oggetto di vendita non debba tenere conto anche dei diritti versati per lo sfruttamento del bene immateriale.

Nello stesso senso, la giurisprudenza di merito esclude che sussista l'obbligo della corresponsione delle *royalties* quando tale adempimento sia del tutto indifferente al produttore³³.

³⁰ In tali termini si esprime la menzionata Corte di cassazione, Sez. trib. 9 ottobre 2020, n. 21775.

³¹ Si rammenta, infatti, che, secondo il criterio generale di riparto dell'onere probatorio, di cui all'art. 2967 c.c., la prova della fondatezza della pretesa dell'Amministrazione finanziaria spetta in prima battuta a quest'ultima e non al contribuente, ad eccezione del caso in cui il contribuente non abbia invocato una fattispecie di esenzione e/o agevolativa, in cui, invece, opera l'inversione dell'onere probatorio. In questo senso, si è pronunciata anche di recente la Corte di Giustizia con la sentenza del 9 luglio 2020, [causa C-76/19, Curtis Balkan](#), EU:C:2020:543.

³² In proposito, si osserva che proprio recentemente la Corte di cassazione ha cassato, accertandone la nullità ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c. per motivazione apparente, una pronuncia resa dalla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia con cui il Collegio, «nel negare la ricorrenza dei presupposti per includere le royalties ... nel valore doganale ha affermato apoditticamente che dagli atti non emergeva un controllo della licenziante sulla produzione ... senza disvelare quali fossero gli elementi probatori esaminati e conducenti all'affermata mancanza, nella specie, di quel legame tra venditore/fabbricante e licenziante necessario per potere configurare il pagamento delle royalties come condizione di vendita» (Corte di cassazione, Sez. trib., 14 dicembre 2021, n. 39978).

³³ In proposito, recentemente la Comm. Trib. Reg. della Liguria, Sez. IV, 2 novembre 2021, n. 836, ha attribuito rilevanza alla clausola contrattuale con cui si prevedeva che il produttore non era autorizzato a produrre prodotti concorrenti privi di licenza senza l'autorizzazione della licenziante. Tale clausola, secondo il Collegio territoriale, inibisce l'autonomia del produttore il quale può, di fatto, vendere solo ad importatori graditi dalla licenziante e graditi perché, ad esempio, solventi rispetto al pagamento dei canoni.

Infine, e l'affermazione è alquanto scontata, il pagamento delle *royalties* è condizione della vendita quando, in mancanza dello stesso, le merci non possono essere vendute³⁴.

Tale requisito era estraneo al CDC ma la Commissione Europea ha evidenziato come con esso non si introduca una nuova condizione di tassazione ma, piuttosto, si ribadisce la necessità che le *royalties* siano corrisposte dall'acquirente delle merci al licenziante.

Con il documento n. B4/ (2016) 808781, TAXUD precisa che, qualora nel contratto di compravendita venga pattuito che il venditore possa vendere le merci senza pagare le *royalties* o i diritti di licenza, deve escludersi la sussistenza della condizione in esame.

La previsione potrebbe essere esplicitamente prevista nell'accordo di vendita oppure può essere implicitamente ricavata dall'interpretazione sistematica delle clausole del contratto di compravendita.

8. Gli indicatori proposti con le *soft law*.

La necessità di compiere una verifica di tipo sostanziale onde includere le *royalties* nel valore doganale e, al contempo, però, l'esigenza di garantire l'uniforme interpretazione della disciplina sul punto, hanno condotto le principali Autorità internazionali, europee e domestiche, a fornire pareri e chiarimenti sul tema.

Stante la matrice internazionale delle norme sul valore doganale, vengono, in primo luogo, in rilievo i pronunciamenti espressi dalla World Customs Organization (WCO) la quale, con il Commentario 25.1 del Comitato tecnico sul valore³⁵, al punto 9, ha individuato una serie di «fattori [che – ndr] potrebbero essere presi in considerazione nel determinare se il pagamento del corrispettivo o il diritto di licenza è una condizione di vendita»³⁶.

³⁴ Come evidenziato da S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 260, appare tautologico affermare che costituisce condizione della vendita la circostanza che il venditore non potrebbe vendere le merci senza il versamento delle *royalties*.

³⁵ Nel Commentario, infatti, si afferma: «Tutte le circostanze che riguardano vendita (e l'importazione delle merci), se richiesto, dovrebbero essere studiate. Ciò include, in particolare, possibili legami fra gli accordi di vendita e di licenza nonché altre importanti informazioni. Ciascuna situazione deve essere esaminata sulla base di tutti gli elementi legati alla vendita e all'importazione delle merci, inclusi gli obblighi contrattuali e giuridici delle parti nonché altre informazioni pertinenti».

³⁶ Tali fattori sono: «(a) vi è un riferimento al corrispettivo o al diritto di licenza nel contratto di vendita o in documenti correlati;

(b) vi è un riferimento alla vendita dei beni nel contratto di diritto di licenza;

(c) in base ai termini del contratto di vendita o del contratto di licenza, il contratto di vendita può essere risolto come conseguenza della violazione del contratto di licenza se l'acquirente non paga il corrispettivo o diritto di licenza al licenziante. Ciò indicherebbe un legame tra il corrispettivo o il diritto di licenza di pagamento e la vendita delle merci da valutare;

d) vi è un termine nel contratto di licenza che indica che se i diritti di licenza non vengono pagati, al produttore è vietato produrre e vendere la merce che incorporano proprietà intellettuale del licenziante nei confronti dell'importatore;

Anche il Comitato del Codice Doganale, all'interno della Direzione di TAXUD, con il Commento n. 11 poc'anzi citato, contenuto nel documento n. 800/2002, ha individuato alcuni elementi utili per determinare la presenza di un controllo tra licenziante e produttore idoneo a ritenere che il pagamento delle *royalties* sia condizione di vendita³⁷.

Avendo l'Organo della Commissione Europea individuato ipotesi in cui sussiste una restrizione concreta dei diritti del produttore, emerge in modo chiaro la volontà di TAXUD di oggettivizzare la nozione di controllo rilevante e di delinearla quale reale potere di limitazione della libertà contrattuale del fornitore estero³⁸.

Il Commento in esame precisa inoltre che, per l'integrazione del controllo, occorre una combinazione degli indicatori ivi riportati, con la conseguenza che la presenza di uno solo o di alcuni di essi non è di per sé sufficiente, dovendosi verificare che dall'esame congiunto degli indicatori emerga la sussistenza di un controllo reale del licenziante che vada oltre il controllo di qualità³⁹.

La giurisprudenza unionale ha evidenziato come le conclusioni del Comitato Doganale, sebbene non giuridicamente vincolanti, costituiscono, tuttavia, strumenti rilevanti per garantire un'uniforme applicazione del codice doganale e per l'interpretazione dello stesso⁴⁰.

Tali Linee Guida Unionali sono state sostituite, con l'entrata in vigore del CDU, dal già citato documento TAXUD n. B4/ (2016) 808781 e, da ultimo, dalle Linee Guida contenute nel doc. n. 2623395 revision 2 del 17 settembre 2020⁴¹.

e) l'accordo di licenza contiene condizioni che consentono al licenziante di gestire la produzione o la vendita tra il produttore e l'importatore (vendita per l'esportazione verso il Paese d'importazione) che vanno oltre il controllo di qualità».

³⁷ Il Commento n. 11, in particolare, dispone(va) che: «Per determinare la presenza di un controllo devono essere esaminati i seguenti elementi: il licenziante sceglie il produttore e lo impone all'acquirente; esiste un contratto diretto di produzione tra il licenziante e il venditore; il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla produzione (per quanto attiene ai centri di produzione e/o ai metodi di produzione); il licenziante esercita, direttamente o indirettamente, un controllo di fatto sulla logistica e sulla consegna delle merci all'acquirente; il licenziante decide a chi il produttore può vendere le merci o impone delle restrizioni per quanto concerne i potenziali acquirenti; il licenziante fissa le condizioni del prezzo al quale il produttore/venditore vende le proprie merci o il prezzo al quale l'importatore/l'acquirente rivende le merci; il licenziante ha il diritto di esaminare la contabilità del produttore o dell'acquirente; il licenziante sceglie i metodi di produzione da utilizzare/fornisce dei modelli, ecc.; il licenziante sceglie/limita i fornitori dei materiali/componenti; il licenziante limita le quantità che il produttore può produrre; il licenziante non autorizza l'acquirente a comprare direttamente dal produttore, ma attraverso il titolare del marchio (licenziante) che potrebbe agire anche come agente di acquisto dell'importatore; il produttore non è autorizzato a produrre prodotti concorrenti (privi di licenza) in assenza del consenso del licenziante; le merci fabbricate sono specifiche del licenziante (cioè nella loro concezione/nel loro design e con riguardo al marchio di fabbrica); le caratteristiche delle merci e la tecnologia utilizzata sono definite dal licenziante».

³⁸ Si veda S. ARMELLA, *Royalties tassate solamente se presenti gli indicatori fattuali del controllo del licenziante - Dogane - Il mero controllo di qualità del prodotto non rileva sulla tassabilità dei diritti di licenza*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 8, 2020, p. 684.

³⁹ In tale senso, v. anche la già citata Corte di giustizia, sentenza del 9 luglio 2020, *Curtis Balkan*.

⁴⁰ Cfr. la già richiamata Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 2017, *GE Healthcare GmbH*.

⁴¹ Con le Linee Guida contenute nel doc. n. B4/ (2016) 808781, si è affermato che, al fine di verificare la sussistenza di un controllo «il criterio applicabile è capire se il venditore può vendere o se il

Ciò, però, come anche più recentemente precisato dalla Corte di Cassazione, non ha comportato il venire meno del valore orientativo del Commento n. 11, sia perché non trattandosi di fonte normativa questo non è soggetto all'art. 11 delle preleggi sulla successione delle leggi nel tempo⁴², sia perché il nuovo documento non si discosta dalle linee generali fondamentali già affermate, fornendo anzi una regolamentazione della materia che privilegia in misura più incisiva la rilevanza delle *royalties* pagate ai fini della determinazione del valore delle merci⁴³.

9. La dimensione nazionale delle sanzioni: un limite alla concorrenza?

Come noto, la rettifica di ufficio della dichiarazione doganale all'esito dell'accertamento di un maggiore valore rispetto a quello dichiarato, comporta anche l'irrogazione di sanzioni.

Il legislatore comunitario ha mantenuto in capo ai singoli paesi membri il potere di repressione delle violazioni e dell'irrogazione delle sanzioni; potere che, nel nostro ordinamento, è disciplinato dal D.P.R. n. 73 del 1943 oltre che dai D.lgs. n. 472 e 473 del 1997.

Il carattere nazionale della disciplina sulle sanzioni, però, si ritiene debba recedere rispetto alla dimensione, invece, internazionale (e non solo unionale) della disciplina in tema di valore doganale.

La riflessione prende avvio da una recente pronuncia della giurisprudenza di merito⁴⁴ che ha escluso l'invocabilità dell'obiettiva incertezza della norma in tema di condizione di vendita.

Il contribuente, in particolare, nel sostenere la propria mancanza di colpevolezza aveva invocato la prassi con cui le Autorità doganali estere avevano interpretato le medesime clausole dell'accordo di licenza sottoposte all'attenzione dell'Autorità fiscale italiana, escludendo, a differenza, da quanto operato da quest'ultima, la daziabilità delle *royalties*.

I giudici territoriali hanno respinto l'eccezione del contribuente dal momento che l'interpretazione fornita da autorità doganali estere non rientrerebbe nella nozione di

compratore può comprare le merci senza pagare royalties o diritti di licenza. La condizione può essere implicita o esplicita. In alcuni casi sarà specificato nell'accordo di licenza se la vendita delle merci importate è subordinato al pagamento di un corrispettivo o di un diritto di licenza. Tuttavia, non è richiesto che ciò debba essere precisato negli accordi».

⁴² In questo senso, si è espressa di recente Corte di cassazione, Sez. trib., Ord., 30 gennaio 2020, n. 2140.

⁴³ Cfr. la già citata Corte di cassazione, Sez. trib., 5 giugno 2020, n. 10687. Sul valore orientativo delle nuove Linee Guida Unionali si veda anche Corte di cassazione, Sez. Trib., Ord. 10 agosto 2021, n. 22539 che, sebbene in ordine ad una vicenda avente ad oggetto una pretesa erariale ai fini delle imposte sui redditi, in un *obiter dictum*, ha ribadito come le Linee Guida di TAXUD abbiano il compito di colmare gli spazi interpretativi lasciati dalle norme di diritto interno.

⁴⁴ Cfr. Comm. Trib. Reg. della Lombardia, Sez. IV, 4 marzo 2021, n. 915.

condizione di non punibilità invocata.

La pronuncia, pur se corretta in termini di diritto, non appare tuttavia condivisibile laddove non tiene in adeguata considerazione il contesto normativo internazionale in cui si innesta il tema della tassabilità, ai fini doganali, delle *royalties* e la nozione casistica del requisito della condizione di vendita.

Infatti, se l'inclusione del bene immateriale nel valore doganale impone, come visto, l'esame delle clausole contrattuali pattuite tra le parti coinvolte, di contro non sembra potersi negare la rilevanza dell'interpretazione di dette clausole anche ai fini sanzionatori.

Si consideri, ad esempio, un operatore economico che contestualmente intrecci rapporti commerciali, per l'importazione di prodotti identici, con operatori economici di stati extraeuropei e di stati, invece, membri dell'UE utilizzando le medesime clausole contrattuali per gli uni e per gli altri.

Ebbene, qualora le Autorità non unionali rettifichino il valore dichiarato includendo le *royalties*, non si vedono motivi ostativi per ritenere, ove venga fornita idonea prova, che l'operatore economico abbia maturato un legittimo affidamento circa la non daziabilità delle *royalties*, con la conseguenza che allo stesso non potrà essere rimproverato alcun comportamento colpevole e, quindi, irrogate sanzioni qualora le Autorità doganali unionali, invece, ritenessero che i diritti di licenza concorrano alla formazione del valore.

Invero, non è revocabile in dubbio, e ciò è precisato anche dalla WCO, che l'esigenza di uniformità delle interpretazioni delle norme in tema di valore doganale ha carattere internazionale, con la conseguenza che obliterare tale esigenza anche sotto il profilo sanzionatorio potrebbe condurre un operatore economico a prediligere gli scambi con certi paesi piuttosto che con altri, alterando, di fatto, la leale concorrenza.

10. Conclusioni.

La globalizzazione ha determinato un mutamento del quadro del commercio mondiale che si presenta molto articolato.

Se la delocalizzazione, però, consente alle imprese di orientare in maniera strategica la propria produzione e commercializzazione, al punto da segmentare su scala mondiale anche lo sfruttamento dei beni immateriali, tuttavia, la mancanza di uniformità nell'interpretazione della disciplina in tema di valore doganale, rischia di essere foriera, al contempo, di non trascurabili distorsioni della concorrenza.

Le principali organizzazioni internazionali ed europee, non a caso, sono intervenute in più occasioni al fine di fornire precisazioni e chiarimenti, e che tali interventi fossero necessari trova conferma nel fatto che i medesimi vengono ricondotti sotto l'alveo delle cc.dd. *soft laws*, con la conseguenza che, sebbene non siano vincolanti, costituiscono

comunque, o così dovrebbe essere, una guida per gli operatori economici e per le autorità doganali.

Ciò nonostante, rimangono numerose le ipotesi in cui sia difficile stabilire se anche l'importo corrisposto a titolo di *royalty* debba concorrere alla formazione del valore doganale.

Certamente, la questione assume contorni ancora più sfumati quando l'operazione doganale coinvolge tre parti e l'importatore acquista i diritti di licenza da un soggetto terzo distinto dal fornitore.

In dette ipotesi, come si è visto, il *punctum dolens* è rappresentato dall'interpretazione dei presupposti di daziabilità delle *royalties* e, in particolare, del requisito della mancanza di controllo da parte del licenziante sul produttore / fornitore.

Dopo i primi interventi della Corte di Cassazione sembrava che fosse sufficiente la sussistenza di una clausola contrattuale che attribuisse al licenziante di imporre alcune caratteristiche per la produzione dei beni, per reputare sussistente un controllo da parte del licenziante tale da condizionare la vendita dei beni al pagamento delle *royalties* e, di conseguenza, la loro tassabilità ai fini doganali.

Recentemente, invece, e condivisibilmente, il Supremo Collegio sembra avere avallato un orientamento interpretativo più coerente con la *ratio* della disciplina unionale.

Si deve, infatti, distinguere l'ipotesi in cui il controllo esercitato dal licenziante sia finalizzato a tutelare il diritto immateriale concesso in sfruttamento da quello in cui, invece, il controllo sia finalizzato ad orientare la produzione.

Ne discende che, in caso di clausole contrattuali che attribuiscono al titolare dell'*intangible* il potere di imporre *standard* di idoneità su alcune caratteristiche dei prodotti che beneficeranno del valore immateriale concesso, si dovrà escludere l'inclusione dei corrispettivi versati nel valore doganale ove si accerti che lo scopo della disposizione convenzionale non sia di attribuire al licenziante un potere di «ingerenza» nella *supply chain* o nelle scelte inerenti la produzione ma, piuttosto, di tutelare il valore economico detenuto dal licenziante. Ciò non è infrequente nelle ipotesi di cessione dei diritti per lo sfruttamento di un marchio, dal momento che rientra nel legittimo interesse del licenziante di imporre il rispetto di codici etici, per i lavoratori e per l'ambiente, per lo svolgimento del ciclo produttivo o l'adozione di determinati materiali per la produzione, al fine di tutelare il prestigio del marchio dinanzi ai consumatori.

Il carattere casistico della nozione di controllo, stante anche l'autonomia contrattuale che contraddistingue la maggior parte degli ordinamenti giuridici, certamente, rende più difficoltoso all'operatore la valutazione preventiva dell'impatto, sotto il profilo della fiscalità doganale ed interna, delle operazioni che intende compiere.

Ciò nondimeno, è anche l'unico modo per assicurare, per quanto possibile, il rispetto del principio in base al quale i corrispettivi e i diritti di licenza sono daziabili solo ove si riferiscano concretamente ed effettivamente alle merci oggetto di importazione e,

di conseguenza, per garantire lo svolgimento di una concorrenza leale tra i diversi paesi dello scenario mondiale.

È, pertanto, auspicabile che gli Organismi internazionali, raccogliendo le esperienze di ciascuno stato membro della WCO, continuino a fornire Linee Guida sugli indicatori di tassabilità delle *royalties* ma, al contempo, si ritiene che la via verso l'uniforme applicazione della disciplina sul valore doganale non possa prescindere da una maggiore presa di coscienza, da parte delle Autorità doganali e dei Giudici nazionali, della dimensione internazionale del tema cui, in determinati casi, dovrebbe seguire anche il riconoscimento delle prassi sull'interpretazione delle clausole convenzionali adottate dagli altri paesi al fine di escludere l'irrogabilità delle sanzioni nei confronti dell'operatore economico che, facendo legittimo affidamento su quelle prassi, abbia incolpevolmente escluso la daziabilità delle *royalties* corrisposte al licenziante.

ABSTRACT: Negli ultimi decenni si è assistito ad un forte incremento della delocalizzazione delle imprese che, ispirate dalle logiche del risparmio dei costi e della ricerca del profitto, sempre più spesso decidono di segmentare strategicamente il proprio ciclo produttivo su scala mondiale.

Nell'ambito di tale fenomeno, è frequente che il titolare di un marchio, e più in generale di un diritto di proprietà intellettuale, non ne gestisca direttamente la commercializzazione ma si limiti a riscuotere i diritti di licenza ed i corrispettivi per l'impiego, da parte di altri soggetti, del relativo bene immateriale.

A fronte di tale scelta aziendale, diventa complesso il procedimento di determinazione del valore doganale, dovendosi stabilire se anche le *royalties* corrisposte per la cessione degli *intangibles*, che si affianca alle importazioni delle merci, debbano essere assoggettate al dazio.

In assenza di una chiara regolamentazione da parte del legislatore unionale, occorre avere riguardo alle soluzioni che, di volta in volta, sono state proposte dagli operatori del diritto.

Con il presente elaborato, quindi, si cercherà di raccogliere, senza alcuna pretesa di esaustività, i pareri e i chiarimenti formulati dalle Autorità internazionali, europee e domestiche ed i principi espressi dalla giurisprudenza più recente, per proporre una sorta di catalogo delle condizioni in presenza delle quali, allo stato dell'arte, le *royalties* devono concorrere a formare il valore dichiarato in dogana.

PAROLE CHIAVE: diritti di licenza; valore doganale; catalogo; dazi; requisiti.

Royalties eligibility criteria between soft law and jurisprudential principles

ABSTRACT: In the last decades, there has been a strong increase in the delocalisation of companies which, more and more often, strategically decide to segment their production on a global scale, following the cost savings logic and the pursuit of profit.

In particular, it is common that the owner of a trademark or of other intellectual property rights sell the use of the right to a third person without manage directly its marketing.

In this case, it is difficult to determinate the customs value, because it should be established whether the royalties paid for the sale of the intangibles must be subject to the customs duty.

In the absence of a clear European regulation, it is necessary to examine the solutions proposed in practice each time.

In this paper, it will try to collect, without claiming to be exhaustive, the opinions elaborated by international and European Organizations, the clarifications formulated by domestic Authorities and the recent judgments of Italian courts on the subject, in order to propose a sort of catalogue of the conditions to include royalties in the customs value.

KEYWORDS: *royalties; customs value; catalogue; customs duty; conditions.*

La Nuova Dogana: l'impatto di digitalizzazione e *Paperless Customs*

Lilit Mora Simonyan*

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. *Paperless Customs* in Europa: la base giuridica. – 3. Il sistema informativo per le esportazioni: i nuovi *data set*. – 4. B1 – Dichiarazione di esportazione e dichiarazione di riesportazione. – 5. B2 – Regime speciale - trasformazione - dichiarazione per il perfezionamento passivo. – 6. B4 – Dichiarazione per la spedizione di merci nell'ambito degli scambi con territori fiscali speciali. – 7. Possibili sviluppi e problematiche. – 8. Conclusioni.

1. Premesse.

Nel corso dell'ultimo decennio è diventato più frequente parlare del nuovo ruolo dell'amministrazione doganale e riferirsi al suo lavoro ed al suo miglioramento, come ad un aspetto della «facilitazione del commercio». Questo potrebbe suonare come la neolingua orwelliana, perché l'amministrazione doganale è inevitabilmente un ostacolo al commercio. Il punto della modernizzazione della dogana è, quindi, ridurre questi impedimenti al minimo coerente con gli obiettivi politici che l'amministrazione doganale è chiamata ad attuare, garantendo che le regole di gioco del commercio internazionale siano applicate con le minori interruzioni.

Da diversi anni, organizzazioni internazionali tra cui l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la Banca mondiale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO) e l'Organizzazione Mondiale della Dogana (WCO) hanno elaborato e fornito raccomandazioni sull'uso delle *information and communication technology* (ICT) per agevolare gli scambi e migliorare i processi delle amministrazioni doganali. Ancora nel 2005, la Banca Mondiale, nella sua pubblicazione *Customs Modernization Handbook*, ha affermato che «è ampiamente riconosciuto che un regime commerciale aperto promuoverà l'integrazione commerciale solo quando una serie di politiche complementari è in atto. Una delle politiche complementari più importanti è quella di realizzare un'amministrazione doganale ben funzionante che fornisca ai commercianti informazioni trasparenti, prevedibili, e veloce sdoganamento delle merci.

* Giurista e consulente doganale (LLM in diritto europeo e Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali). Il presente lavoro è il risultato della partecipazione al Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali accreditato dalla Commissione europea come *high-quality customs-specific study programme* (*EU Reference Training Programmes for Academic Customs Education*).

In effetti, un'amministrazione doganale mal funzionante può negare i miglioramenti che sono stati apportati in altri settori legati al commercio»¹.

Il maggiore utilizzo dei sistemi elettronici lungo tutta la *supply chain* ha portato ad una maggiore disponibilità di informazioni accessibili in formato elettronico, ad uso di dogane ed altri enti governativi. Inoltre, Internet già da tempo forniva alle dogane una preziosa fonte di informazioni per le sue funzioni di controllo, incluse la valutazione del rischio, la gestione dell'identità, la classificazione delle merci, nonché l'attività di tracciabilità. Ciò era già una innovata realtà, che richiedeva una reazione adeguata. Il WCO, infatti, ha avviato una revisione totale della sua struttura e dei suoi strumenti, come reazione strategica complessiva alle esigenze moderne. Così, nel 2008 è nato *Customs in the 21st Century* (C21), che predispone un modello di strategia ed un piano d'azione per le amministrazioni doganali in tutto il mondo, allo scopo di adeguare i propri piani strategici nazionali o regionali². Il documento C21 si basa su dieci elementi fondamentali, inclusa l'attuazione di metodi moderni di lavoro, che mirano ad attuare tecnologie, cooperazione e *networking* a livello globale, nonché un migliore coordinamento della gestione delle frontiere. Tutti questi elementi costitutivi hanno un collegamento stretto con l'uso strategico delle ICT: ad esempio, *Globally Networked Customs* prevede «flussi di informazioni e connettività senza interruzioni in tempo reale e senza carta» tra diverse amministrazioni doganali, e tocca l'argomento della necessità – di vitale importanza, per i governi – di migliorare la collaborazione tra le agenzie di frontiera, facendo specifico riferimento allo sportello unico per il commercio elettronico³.

Il *WCO SAFE Framework* specifica l'importanza di ICT ed *e-commerce*: gli standard 7.1, 6.9, 3.21 e 3.18 dell'allegato generale alla *Revised Kyoto Convention* richiedono alle dogane «di applicare le ICT per le operazioni doganali, compreso l'uso di tecnologie di e-commerce». Ciò dimostra un ulteriore riconoscimento all'interno dell'WCO dell'importanza delle ICT per raffinare le migliori pratiche. Inoltre, la raccomandazione dell'WCO sulla dematerializzazione dei documenti accompagnatori spinge le amministrazioni doganali a porre fine all'obbligo di presentazione di documenti di accompagnamento (es. fatture, polizze di carico, *packing list*, licenze e certificati) in formato cartaceo, se già presentati in forma elettronica, e supportare l'uso di mezzi elettronici per accedere al contenuto di tali documenti e verificarlo, affermando che il

¹ L. DE WULF, J. SOKOL, *Customs Modernization Handbook. Trade and Development*, Washington, DC, 2005, reperibile [online](#).

² WCO, *Customs in the 21st century. Enhancing Growth and Development through Trade Facilitation and Border Security*, June 2008, reperibile [online](#).

³ Anche il [Trade Facilitation Agreement](#) della WTO del 2013 (entrato in vigore il 22 febbraio 2017) pone al centro della facilitazione del commercio la digitalizzazione delle procedure doganali (c.d. *paperless customs* o *e-customs*).

maggior utilizzo di dematerializzazione del processo di sdoganamento favorisce sia lo Stato che il commercio internazionale⁴.

Il WCO ha sviluppato un *Data Model*⁵ che è un insieme di *data element* al meglio armonizzati e strutturati, che consente a mezzi di comunicazione standard per tutte le parti coinvolte nella regolamentazione del commercio e nella gestione delle frontiere. Il *Data Model* è un elenco di *data element* che include il processo effettivo ed i modelli informativi su cui i processi standard si basano, ad esempio, per il movimento di merci per l'importazione, l'esportazione o il transito. L'*EU Customs Data Model* (EUCDM) è completamente compatibile con il modello WCO. EUCDM è il modello per i sistemi doganali transeuropei e per i sistemi di sdoganamento nazionale degli Stati membri. Il suo obiettivo generale è fornire una panoramica dei dati giuridicamente definiti che gli operatori economici devono produrre quando presentano dichiarazioni o notifiche. L'EUCDM prevede un'armonizzazione orizzontale di questi dati tra tutti i diversi tipi di dichiarazione. I requisiti in materia di dati definiti dalla legge, insieme al loro formato e alle relative liste di codici, costituiscono il punto di partenza per la predisposizione del pacchetto di *Technical System Specifications* per ciascun sistema doganale⁶.

Un'altra componente importante è costituita dalle linee guida dettagliate per l'attuazione dei messaggi EDI (*Electronic Data Interchange*) e XML⁷, dal momento che è importante disporre non solo di uno standard per la rappresentazione dei dati, ma anche dei mezzi per creare messaggi tra dogane e gli operatori economici, dogane e altre agenzie governative, nonché tra le stesse amministrazioni doganali.

Quindi, è innegabile che lo sviluppo dei sistemi *paperless custom* sia visto come il punto di partenza cruciale, per qualsiasi Paese, per influenzare la crescita del commercio e conseguentemente migliorare la *performance* economica. I principali vantaggi attesi dalla digitalizzazione includono un'elaborazione più rapida del processo di sdoganamento, l'indirizzamento dei controlli ad operatori specifici, una migliore riscossione ed un più preciso controllo delle entrate, un più efficace scambio di dati, una migliore accuratezza del processo di accertamento, una più capace gestione delle informazioni e, di conseguenza, l'ottenimento di statistiche più aggiornate. Tutto questo, a sua volta, gioca un ruolo chiave per il supporto dei controlli a posteriori, dopo lo sdoganamento.

2. Paperless customs in Europa: la base giuridica.

⁴ *Recommendation of the Customs Co-Operation Council on the Dematerialization of Supporting Documents*, June 2012, reperibile [online](#).

⁵ Cfr. il sito <http://www.wcoomd.org/DataModel>.

⁶ L'ultima versione di EUCDM-6.1 contiene anche la mappatura dei requisiti sui dati dell'allegato B dell'UCC rispetto al modello di dati WCO (WCO DM versione v.3.10). Gli elementi di dati nell'allegato D sono rimasti mappati al modello di dati WCO versione 3.8.1, poiché la mappatura originale di tali elementi di dati è stata presentata in EUCDM 5.2.

⁷ *Extensible Markup Language*: il linguaggio di Internet.

Il primo slancio verso la digitalizzazione transeuropea è stato promosso dal *New Computerised Transit System* (NCTS) nel 1997⁸. L’NCTS è un sistema di messaggi elettronici basato su un’architettura decentralizzata nella quale la *National Transit Application* (NTA) deve essere in possesso di ogni amministrazione doganale. L’NCTS assicura che le dichiarazioni di transito arrivino agli uffici doganali appropriati prima della merce stessa, automatizza il confronto tra la dichiarazione di partenza e la dichiarazione di arrivo e fa automaticamente scattare l’allarme quando una merce non è ricevuta come pianificato. L’NCTS è stato il primo sistema informativo transeuropeo completamente operativo, che permettesse il processo elettronico delle dichiarazioni di transito, facilitando lo scambio di dati tra le autorità doganali, e tra le dogane e gli operatori. A causa della dimensione e della complessità del progetto, l’NCTS è stato introdotto con un approccio graduale.

Nel 2008, il Parlamento e il Consiglio della UE hanno adottato la decisione n. 70/2008/CE, concernente un ambiente privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio⁹, che stabilisce che la Commissione e gli Stati membri istituiscano sistemi doganali elettronici sicuri, integrati, interoperabili ed accessibili per lo scambio di dati contenuti in dichiarazioni doganali, documenti di accompagnamento delle dichiarazioni doganali e certificati, nonché per lo scambio di altre informazioni pertinenti. La Commissione e gli Stati membri forniscono la struttura ed i mezzi per la gestione dei sistemi doganali elettronici allo scopo di facilitare le procedure di importazione e di esportazione, ridurre i costi di adeguamento e amministrativi nonché migliorare i tempi di sdoganamento, coordinare un’impostazione comune per il controllo delle merci, aiutare a garantire la corretta riscossione di tutti i dazi doganali e delle altre imposte, garantire la rapida fornitura e ricezione di informazioni pertinenti in relazione alla catena internazionale di approvvigionamento e consentire la trasmissione di un flusso ininterrotto di dati tra le autorità dei Paesi esportatori ed importatori nonché tra le autorità doganali e gli operatori economici, prevedendo la possibilità di riutilizzare i dati inseriti nel sistema.

L’art. 4, par. 1, della suddetta decisione ha stabilito che gli Stati membri, in collaborazione con la Commissione, rendano operativi i seguenti sistemi doganali elettronici secondo i requisiti e i termini stabiliti nella legislazione in vigore:

⁸ I diversi Stati membri avevano già attivato i sistemi informativi: il punto era creare un’interconnessione tra i sistemi informativi degli Stati membri e armonizzare tutti i sistemi europei usando lo stesso formato di dati.

⁹ [Decisione n. 70/2008/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, concernente un ambiente privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio, modificata dal [regolamento \(UE\) 2019/1243](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che adatta agli articoli 290 e 291 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea una serie di atti giuridici che prevedono il ricorso alla procedura di regolamentazione con controllo.

- a) sistemi per operazioni di importazione ed esportazione, che interagiscano con il sistema di transito e che consentano un flusso ininterrotto di informazioni da un sistema doganale all'altro nell'intera Comunità;
- b) un sistema per l'identificazione e la registrazione degli operatori economici, che interagisca con il sistema degli operatori economici autorizzati e che permetta a tali operatori economici di eseguire una sola registrazione per tutte le interazioni con le autorità doganali sull'intero territorio della Comunità, tenendo conto dei sistemi comunitari o nazionali esistenti;
- c) un sistema per la procedura di autorizzazione degli operatori economici, compreso il processo d'informazione e consultazione, la gestione dei relativi certificati e la registrazione di tali certificati in una banca dati accessibile alle autorità doganali.

Il passaggio da una dogana cartacea alla dogana *paperless* è stato completato nel 2016, con l'adozione del regolamento (UE) n. 952/2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione¹⁰ (qui in seguito «CDU» o «Codice»). Il Codice, facendo riferimento alla citata decisione, afferma la necessità di semplificare la normativa doganale, al fine di consentire l'uso di tecnologie e strumenti moderni e promuovere ulteriormente un'applicazione uniforme della normativa doganale e di approcci aggiornati al controllo doganale, contribuendo in tal modo a fornire la base per procedure di sdoganamento semplici ed efficienti. Il Codice considera l'uso delle tecnologie dell'informazione come un elemento essenziale per assicurare la facilitazione del commercio e, allo stesso tempo, l'efficacia dei controlli doganali, riducendo in tal modo i costi per le imprese e i rischi per la società. Pertanto, stabilisce il quadro giuridico nel quale attuare tale decisione, ed in particolare il principio giuridico secondo il quale tutte le operazioni doganali e commerciali devono essere effettuate per via elettronica, e i sistemi elettronici per le operazioni doganali devono offrire agli operatori economici le stesse possibilità in ciascuno Stato membro.

Il Codice ha attribuito il potere di adottare atti delegati alla Commissione, per quanto riguarda i requisiti comuni in materia di dati per lo scambio e l'archiviazione di informazioni mediante procedimenti informatici, e la definizione dei casi in cui possono essere utilizzati altri mezzi per tale scambio e archiviazione, e la registrazione di persona. Il Codice aveva stabilito che mezzi diversi dai procedimenti elettronici avrebbero potuto essere utilizzati, su base transitoria, ove i necessari sistemi elettronici non fossero ancora operativi, ma non oltre il 31 dicembre 2020.

Secondo il Codice tutti gli scambi di informazioni, quali dichiarazioni, richieste o decisioni, tra autorità doganali nonché tra operatori economici ed autorità doganali, e l'archiviazione di tali informazioni richieste dalla normativa doganale, sono effettuati

¹⁰ [Regolamento \(UE\) n. 952/2013](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione (rifusione).

mediante procedimenti informatici. L'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione dovrebbe essere associato a un'applicazione armonizzata e standardizzata dei controlli doganali operati dagli Stati membri, al fine di assicurare in tutta l'Unione un controllo doganale di livello equivalente, che scongiuri il rischio di comportamenti anticoncorrenziali ai vari punti di entrata e di uscita dell'Unione.

Allo stesso tempo, però, l'art. 6 del Codice prevede che i mezzi di scambio e archiviazione di informazioni diversi dai procedimenti informatici possano essere utilizzati su base permanente, se debitamente giustificato dal tipo di traffico oppure se l'utilizzo di procedimenti informatici non è appropriato per le formalità doganali in questione; oppure su base temporanea, nell'ipotesi di un guasto temporaneo del sistema informatico delle autorità doganali o degli operatori economici. Il Codice conferisce alla Commissione il potere di adottare, in casi eccezionali, decisioni che autorizzano uno o più Stati membri a utilizzare mezzi di scambio e archiviazione di informazioni diversi dai procedimenti informatici. Tale possibilità di deroga deve essere giustificata dalla situazione specifica degli Stati membri che ne fanno richiesta e la deroga deve essere concessa per un periodo di tempo specifico e riesaminata periodicamente, ed infine può essere prorogata per ulteriori periodi di tempo specifici su ulteriore richiesta dello Stato membro al quale è indirizzata. Essa deve essere revocata qualora non sia più giustificata. La deroga non pregiudica lo scambio di informazioni tra lo Stato membro al quale è indirizzata e gli altri Stati membri, né lo scambio e l'archiviazione di informazioni in altri Stati membri ai fini dell'applicazione della normativa doganale. Gli Stati membri collaborano con la Commissione al fine di sviluppare, tenere aggiornati ed utilizzare sistemi elettronici per lo scambio di informazioni tra le autorità doganali e con la Commissione e l'archiviazione di tali informazioni conformemente al Codice.

Sulla base del documento di pianificazione esistente, relativo a tutti i progetti informatici doganali, redatto in conformità alla decisione n. 70/2008/CE, la decisione di esecuzione 2014/255/UE della Commissione¹¹ (il «programma di lavoro») contiene un elenco dei sistemi elettronici che gli Stati membri devono sviluppare, ove possibile in stretta collaborazione con la Commissione, per condurre all'applicazione pratica del codice, definendo le tappe fondamentali e le date d'inizio per l'utilizzazione dei sistemi elettronici. Il programma di lavoro poi, è stato aggiornato dalla decisione di esecuzione (UE) 2016/578 della Commissione¹², che contiene un elenco di 17 sistemi elettronici che devono essere messi a punto per l'applicazione del codice, unicamente dagli Stati membri (nel caso di sistemi che saranno gestiti a livello nazionale – «sistemi nazionali») oppure dagli Stati membri in stretta collaborazione con la Commissione (nel caso dei sistemi a

¹¹ [Decisione di esecuzione 2014/255/UE](#) della Commissione, del 29 aprile 2014, che stabilisce il programma di lavoro per il codice doganale dell'Unione.

¹² [Decisione di esecuzione \(UE\) 2016/578](#) della Commissione, dell'11 aprile 2016, che stabilisce il programma di lavoro relativo allo sviluppo e all'utilizzazione dei sistemi elettronici previsti dal codice doganale dell'Unione.

livello di Unione, alcuni dei quali sono costituiti sia da componenti dell'Unione che da componenti nazionali – «sistemi transeuropei»). Il programma di lavoro stabilisce il calendario per l'attuazione di tali sistemi nazionali e transeuropei. Il regolamento delegato (UE) 2015/2446 della Commissione del 28 luglio 2015 (qui di seguito RD)¹³, a sua volta, stabilisce i requisiti comuni in materia di dati relativi allo scambio e all'archiviazione delle informazioni richieste per le domande e le decisioni (allegato A) e relativi allo scambio ed all'archiviazione di informazioni richieste per le dichiarazioni, le notifiche e la prova della posizione doganale (allegato B).

Tuttavia, il regolamento delegato (UE) 2016/341 della Commissione del 17 dicembre 2015¹⁴ stabilisce che, considerando che le nuove serie di dati e i nuovi formati richiesti dal codice e le disposizioni adottate al riguardo sulla base del codice non saranno disponibili fino a quando i sistemi nazionali d'importazione non saranno potenziati, si dovrebbe prevedere la possibilità di presentare le dichiarazioni doganali con una serie di dati diversa, in modo da garantire la certezza giuridica per gli operatori. Inoltre, il regolamento afferma che fino a quando il sistema automatizzato di esportazione ed i sistemi nazionali di importazione non saranno potenziati, è opportuno assegnare scadenze diverse per la presentazione della dichiarazione complementare agli operatori che utilizzino la dichiarazione semplificata. Gli Stati membri dovrebbero quindi essere in grado di prevedere termini diversi da quelli indicati dal RD. Analogamente, durante il periodo transitorio gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di autorizzare la presentazione di una dichiarazione doganale semplificata sotto forma di un documento commerciale o amministrativo. Se una dichiarazione doganale è presentata prima della presentazione delle merci, prima che i sistemi elettronici appositamente previsti siano introdotti e potenziati, è opportuno che la notifica di presentazione delle merci possa essere presentata alle autorità doganali tramite i sistemi nazionali esistenti o con altri mezzi.

Nel 2019 la Commissione ha adottato l'ultimo programma di lavoro¹⁵ (qui di seguito «programma di lavoro») relativo allo sviluppo e all'utilizzazione dei sistemi elettronici previsti dal Codice per aggiornare il programma di lavoro precedente, onde tener conto della nuova pianificazione per i sistemi elettronici, basata sulle risorse e sulle priorità, tenendo conto anche della modifica all'art. 278 del CDU apportata con il

¹³ [Regolamento delegato \(UE\) 2015/2446](#) della Commissione, del 28 luglio 2015, che integra il regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio in relazione alle modalità che specificano alcune disposizioni del codice doganale dell'Unione.

¹⁴ [Regolamento delegato \(UE\) 2016/341](#) della Commissione, del 17 dicembre 2015, che integra il regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme transitorie relative a talune disposizioni del codice doganale dell'Unione nei casi in cui i pertinenti sistemi elettronici non sono ancora operativi e che modifica il regolamento delegato (UE) 2015/2446 della Commissione.

¹⁵ [Decisione di esecuzione \(UE\) 2019/2151](#) della Commissione, del 13 dicembre 2019, che stabilisce il programma di lavoro relativo allo sviluppo e all'utilizzazione dei sistemi elettronici previsti dal codice doganale dell'Unione.

regolamento (UE) 2019/632 al fine di prorogare l'uso transitorio di mezzi diversi dai procedimenti informatici previsti dal Codice¹⁶.

Il regolamento stabilisce che i lavori dovrebbero proseguire dopo il 31 dicembre 2020 su tre gruppi di sistemi:

- il primo gruppo è costituito dai sistemi elettronici nazionali interessati dalla notifica dell'arrivo, dalla presentazione, dalle dichiarazioni di stoccaggio temporaneo e dalle dichiarazioni doganali per le merci introdotte nel territorio doganale dell'Unione (comprese le procedure speciali, ad eccezione del perfezionamento passivo), che devono essere aggiornati o costruiti al fine di tener conto di talune prescrizioni del codice, come l'armonizzazione dei requisiti sui dati da introdurre in tali sistemi;
- il secondo gruppo è costituito dai sistemi elettronici esistenti che devono essere migliorati per tener conto di talune prescrizioni del Codice, come l'armonizzazione dei requisiti sui dati da introdurre nei sistemi. Questo gruppo è costituito da tre sistemi transeuropei (il sistema che gestisce le dichiarazioni sommarie di entrata, il sistema che si occupa del transito esterno e interno, e il sistema che gestisce le merci portate fuori dal territorio doganale dell'Unione) e dal sistema nazionale per le esportazioni (compresa la componente relativa alle esportazioni del sistema nazionale dei regimi speciali);
- il terzo gruppo è costituito da tre nuovi sistemi elettronici transeuropei (i sistemi riguardanti le garanzie per le obbligazioni doganali potenziali o esistenti, la posizione doganale delle merci, e lo sdoganamento centralizzato, c.d. *Single Window* – SW). Quest'ultimo è un sistema elettronico di archiviazione in cui le informazioni e i documenti collegati ad una determinata operazione di import, export o transito sono inseriti una sola volta in un *single entry point*, cosicché gli operatori economici non debbano inviarli più volte a diverse autorità, che avranno accesso tramite la *Single Window*, ai dati relativi all'operazione¹⁷.

La Commissione, in collaborazione con gli Stati membri, ha predisposto un calendario dettagliato per consentire l'attivazione di tali sistemi entro la fine del 2025. In linea con la nuova programmazione per lo sviluppo dei sistemi elettronici, il periodo previsto dal Codice, durante il quale i mezzi di scambio e archiviazione delle informazioni diversi dai procedimenti informatici possono essere utilizzati su base transitoria, è stato

¹⁶ Regolamento (UE) 2019/632 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che modifica il regolamento (UE) n. 952/2013 al fine di prorogare l'uso transitorio di mezzi diversi dai procedimenti informatici previsti dal codice doganale dell'Unione.

¹⁷ Nel 2014 è stato creato un *project group* per la SW doganale a livello UE, per analizzare le possibili opzioni per lo scambio e l'integrazione dei dati, che si è concluso nel 2019. Il primo progetto *pilot* della *EU Customs SW*, attuato solo in alcuni Stati membri, è la *EU Single Window - Common Veterinary Entry Document* (EU SW – CVED), che consente i controlli automatici dei certificati veterinari presentati con le dichiarazioni doganali.

prorogato fino al 2022 per quanto riguarda il primo gruppo e al 2025 per quanto riguarda il secondo e il terzo dei gruppi di sistemi elettronici.

In questo elaborato ci concentreremo sull'analisi del sistema nazionale per le esportazioni, ivi compresa la componente relativa alle esportazioni del sistema nazionale dei regimi speciali, dei requisiti dei *data set* che devono essere introdotti al fine di armonizzare i sistemi elettronici. Ci occuperemo di esplorare alcune problematiche che potrebbero verificarsi in conseguenza alla smaterializzazione delle dichiarazioni doganali e della trasformazione totale delle dichiarazioni da documenti a flussi informatici di data.

3. Il sistema informativo per le esportazioni: i nuovi *data set*.

Gli elenchi dei sistemi elettronici sopra elencati devono essere basati sul documento di pianificazione esistente, relativo a tutti i progetti doganali correlati alla IT e denominato «piano strategico pluriennale per le dogane» (*Multi Annual Strategic Plan for Electronic Customs – MASP-C*)¹⁸. I sistemi elettronici indicati nel programma di lavoro devono essere gestiti, elaborati e sviluppati in conformità con quanto stabilito nel MASP-C. Il MASP-C è uno strumento di gestione e pianificazione che garantisce uno sviluppo efficace e coerente dei progetti IT, impostando sia un quadro strategico che i passi realizzativi dettagliati, consentendo un ciclo di attuazione più fluido e coordinato.

Come abbiamo menzionato prima, entro il 31 dicembre 2022 la Commissione, con il nuovo programma di lavoro, ha disposto l'adeguamento delle normative dei Paesi membri alle direttive unionali in merito ai sistemi nazionali di importazione ed ai regimi speciali per l'importazione. L'amministrazione doganale italiana ha condiviso con la platea degli operatori economici, nell'ambito del tavolo tecnico *e-customs*, una *road map* per l'aggiornamento dei suddetti sistemi all'importazione, facendo corrispondere a tale necessità una completa e progressiva reingegnerizzazione del proprio sistema informativo. A livello nazionale, l'Agenzia delle Accise, Dogane e Monopoli (qui di seguito «Agenzia ADM»), con la circolare n. 11/2021¹⁹, ha annunciato la graduale sostituzione dell'attuale sistema ICS (*Import Control System*) e la conseguente introduzione di ICS2, con una struttura completamente nuova, con cui si rafforzano l'analisi dei rischi e lo scambio di informazioni tra dogane. L'introduzione di ICS2²⁰ prevede una attuazione in tre fasi (c.d. *release 1, 2 e 3*) da realizzarsi rispettivamente entro:

¹⁸ Cfr. il sito https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-customs/electronic-customs_en, revisione nel 2019.

¹⁹ Agenzia ADM, [circolare n. 11/2021](#), *Entrata delle merci nel territorio doganale unionale: adempimenti e deroghe previsti dal nuovo quadro normativo in applicazione delle misure di sicurezza - Import Control System 2 (ICS2)*.

²⁰ Vale sottolineare che il sistema ICS prevede il controllo dei requisiti di sicurezza delle merci in ingresso nel territorio dell'UE tramite la dichiarazione sommaria di entrata (ENS) e non fa parte del regime di importazione/immissione in libera pratica.

- il 15 marzo 2021: questo il termine per l'introduzione dell'obbligo, per operatori postali e corrieri espresso, di presentare un set minimo di dati della ENS (*Entry Summary declaration*) per le merci trasportate solo per via aerea;
- il 1° marzo 2023: per tutti i vettori aerei e per tutte le merci trasportate per via aerea, tale è il termine per introdurre l'obbligo di integrare il set minimo di dati con il resto delle indicazioni previste per la ENS completa;
- il 1° marzo 2024: termine per l'attuazione di specifiche funzioni per la gestione dell'obbligo di presentare la ENS completa per tutte le merci movimentate con modalità di trasporto diverse da quella aerea.

In seguito, con le circolari 18/2021²¹ e 26/2021²², l'Agenzia ADM ha predisposto il graduale passaggio al digitale, che corrisponde ad una completa reingegnerizzazione del sistema informativo nazionale. I dati per le dichiarazioni doganali hanno già iniziato ad assumere forme completamente nuove:

- la dichiarazione doganale H7, che è *data set* ridotto per le spedizioni di modico valore, entrato in vigore il 1° luglio 2021. L'H7 può essere utilizzata a condizione che le merci contenute in tali spedizioni non siano soggette a divieti e restrizioni. Tale semplificazione è stata introdotta dalla normativa unionale per dichiarare le merci contenute nelle spedizioni LVC – importate da un Paese terzo nell'UE – nonché per garantire la relativa riscossione dell'IVA a partire dal 1° luglio 2021, in applicazione del pacchetto IVA per il commercio elettronico;
- la dichiarazione doganale H1, che è set di dati per le dichiarazioni ordinarie di immissione in libera pratica, entrato in esercizio il 12 luglio 2021.

Il programma di lavoro della Commissione nell'elenco dei progetti riguardanti lo sviluppo e l'utilizzazione dei sistemi elettronici necessari per l'applicazione del Codice prevede il Sistema automatizzato di esportazione (AES), che mira ad attuare i requisiti nell'ambito del CDU relativi all'esportazione ed all'uscita della merce. L'AES sostituisce il progetto unionale ECS2 (*Export Control System*), che è l'attuale progetto operativo che consente il tracciamento elettronico ed il controllo automatizzato delle operazioni di esportazione in ambito comunitario. È un sistema concepito per coniugare le esigenze di controllo doganali con quelle di sicurezza in relazione alle dichiarazioni doganali di uscita relative agli artt. 263-276 del CDU.

All'interno dell'AES si distinguono due componenti:

- «AES transeuropeo»: l'obiettivo del progetto è sviluppare ulteriormente l'attuale sistema transeuropeo di controllo delle esportazioni, al fine di attuare

²¹ Agenzia ADM, [circolare n. 18/2021](#), *Reingegnerizzazione del sistema informativo di sdoganamento all'importazione. Adeguamento alle novità normative di cui al "pacchetto IVA e-commerce" e implementazione graduale degli istituti previsti dal Codice Doganale dell'Unione.*

²² Agenzia ADM, [circolare n. 26/2021](#), *Commercio elettronico – Pacchetto IVA – Vendite a distanza – Importazione di spedizioni di valore trascurabile.*

pienamente un sistema automatizzato di esportazione che possa rispondere alle esigenze delle imprese per i processi e i dati introdotti dal CDU, includendo procedure semplificate e lo sdoganamento centralizzato per l'esportazione. Si intende anche coprire lo sviluppo di interfacce armonizzate con il sistema d'informatizzazione dei movimenti e dei controlli dei prodotti soggetti ad accisa (EMCS) e il nuovo sistema di transito informatizzato (NCTS). In quanto tale, il sistema AES consentirà la completa automatizzazione delle procedure di esportazione e delle formalità di uscita. L'AES copre parti da sviluppare a livello centrale e nazionale, compresi i componenti nazionali in cui la dichiarazione di esportazione è presentata e trattata e che consentono il successivo scambio di informazioni con l'ufficio doganale di uscita attraverso i componenti comuni del sistema AES (componente 1);

- «aggiornamento dei sistemi nazionali di esportazione»: in un processo esterno all'ambito di applicazione del sistema AES, ma strettamente collegato, i distinti sistemi nazionali devono essere aggiornati con riguardo a elementi nazionali specifici connessi alle formalità di esportazione e/o di uscita. Nella misura in cui non incidono sull'ambito comune del sistema AES, tali elementi possono rientrare in questo componente (Componente 2).

La data iniziale per tutti e due i componenti è stata definita nel 1° marzo 2021, ed entro il 1° dicembre 2023 l'AES dovrà essere completamente funzionante in tutti gli Stati membri. Fino a tale data, gli Stati membri dovranno rendere operativo anche il progetto «RS EXP nazionale», che fornirà le soluzioni elettroniche richieste a livello nazionale per le attività connesse ai regimi speciali di esportazione ai fini di accelerare, facilitare e armonizzare i regimi speciali in tutta l'Unione, offrendo modelli comuni di processi operativi. L'attuazione di questo progetto sarà effettuata tramite l'AES al livello nazionale.

Il RD con l'allegato B stabilisce i requisiti comuni in materia di dati per dichiarazioni, notifiche e prova della posizione doganale delle merci unionali. I messaggi di dichiarazione contengono una serie di dati ma soltanto alcuni di essi vengono utilizzati in funzione del o dei regimi doganali di cui trattasi. Il contenuto dei dati forniti alle dogane per adempiere a un dato requisito si devono basare sulle informazioni in possesso dell'operatore economico che fornisce i dati nel momento in cui li fornisce alla dogana. Gli Stati membri comunicano alla Commissione l'elenco dei dati che essi richiedono per ciascuna delle procedure di cui al suddetto allegato e la Commissione ne pubblica l'elenco. I dati vengono quindi conservati in modo tale da essere riconducibili all'operatore che li ha trasmessi, costruendone un profilo condiviso a livello UE. La nuova modalità di trasmissione dei dati consentirà alle autorità doganali di controllare la stessa tipologia di dati, trasversalmente per tutti gli operatori.

La dichiarazione «cartacea» viene sostituita da codifiche di dati chiamati *data set*, suddivisi a loro volta in *data element*, e ad un livello superiore raccolti in *data group*. L'allegato B interseca i dati obbligatori e facoltativi per ciascuna tipologia di dichiarazione/regime doganale, che vengono accompagnati da note che, per ciascun dato riportato nella tabella, spiegano che tipo di informazioni devono essere inserite.

Ogni tipologia di dichiarazione doganale è riportata nelle colonne della tabella dell'allegato B ed è codificata con caratteri alfanumerici (*data set*; per es. A1 – *exit summary declaration*). I dati sono suddivisi in gruppi sulla base della loro tipologia (*data group*; per esempio, Gruppo 4 – Informazioni relative al valore/Imposte). Nelle celle degli incroci tra colonne e righe della tabella, sono riportate delle lettere che descrivono l'obbligatorietà o meno (*A–mandatory*, *B–optional*, ecc.) di ciascun dato per ciascuna tipologia di dichiarazione doganale.

L'allegato prevede, a seconda del tipo di dichiarazione da inviare, i seguenti nuovi messaggi connessi all'esportazione e all'uscita della merce dal territorio dell'Unione:

- A1 – Dichiarazione sommaria di uscita;
- A2 – Dichiarazione sommaria di uscita — Spedizioni per espresso;
- A3 – Notifica di riesportazione;
- B1 – Dichiarazione di esportazione e dichiarazione di riesportazione;
- B2 – Regime speciale – trasformazione – dichiarazione per il perfezionamento passivo;
- B4 – Dichiarazione per la spedizione di merci nell'ambito degli scambi con territori fiscali speciali;
- C1 – Dichiarazione semplificata di esportazione;
- C2 – Presentazione in dogana delle merci in caso di iscrizione nelle scritture del dichiarante o nel quadro di dichiarazioni in dogana inoltrate prima della presentazione delle merci all'esportazione.

Per ogni tipo di dichiarazione sono stabiliti i dati obbligatori che sono richiesti da tutti gli Stati membri, i dati discrezionali che i singoli Stati membri possono decidere se richiedere o no e i dati che gli operatori economici possono fornire ma che gli Stati membri non possono esigere.

Di seguito facciamo una breve analisi sui dati richiesti per le dichiarazioni connesse all'esportazione.

4. B1 – Dichiarazione di esportazione e dichiarazione di riesportazione.

L'operatore economico che presenta una dichiarazione di esportazione o riesportazione deve obbligatoriamente fornire i seguenti dati:

1. tipo di dichiarazione, tipo di dichiarazione supplementare e firma/autenticazione: questi dati sono richiesti a livello di intestazione della

dichiarazione delle merci. Le informazioni inserite a livello di intestazione sono valide per tutti gli articoli delle merci dichiarate²³;

2. numero degli articoli, regime e procedura aggiuntiva: dati che devono essere presentati a livello di articoli della dichiarazione delle merci. Le informazioni inserite a livello di articoli delle merci sono valide solo per gli articoli delle merci interessate²⁴;
3. dichiarazione semplificata/documenti precedenti: utilizzando i pertinenti codici unionali, devono essere indicati i dati di riferimento dei documenti che precedono l'esportazione verso uno Stato terzo/la spedizione verso uno Stato membro. Se la dichiarazione riguarda merci riesportate, vengono indicati i dati di riferimento della dichiarazione di vincolo delle merci al precedente regime doganale nel quale erano vincolate. L'identificativo dell'articolo è fornito soltanto nei casi in cui sia necessario per identificare con certezza l'articolo di riferimento.

Vengono inserite, inoltre, informazioni sulla cancellazione delle merci riportate nella dichiarazione interessata in relazione alla conclusione della custodia temporanea. Tra le informazioni devono figurare i quantitativi cancellati e la rispettiva unità di misura;

4. informazioni supplementari: se il diritto dell'Unione non specifica in quale campo debba essere inserita l'informazione che il dichiarante vuole fornire, quest'ultima deve essere specificata in questo campo;
5. documenti prodotti, certificati, autorizzazioni, riferimenti aggiuntivi: gli Stati membri possono dispensare il dichiarante da tale obbligo nella misura e nel caso in cui i sistemi di cui dispongono permettono di ricavare automaticamente e senza ambiguità tali informazioni dalle altre informazioni della dichiarazione. Vengono inseriti l'identificazione o il numero di riferimento dei documenti, certificati e autorizzazioni unionali, internazionali o nazionali prodotti a supporto della dichiarazione e riferimenti aggiuntivi. Nei casi in cui il dichiarante (o l'importatore, per dichiarazioni di importazioni, o l'esportatore, per dichiarazioni di esportazione) è titolare di una valida decisione ITV e/o IVO relativa alle merci contemplate dalla dichiarazione, il dichiarante indica il numero di riferimento della decisione ITV e/o IVO.

Vengono inserite informazioni sulla cancellazione delle merci riportate nella dichiarazione interessata in relazione a titoli e certificati di

²³ Nell'allegato B i dati richiesti a livello di intestazione sono segnati con il simbolo «Y»; qui di seguito, per semplicità di lettura, per questo tipo di dati anche noi metteremo il simbolo «Y» accanto.

²⁴ Nell'allegato B i dati richiesti a livello di articoli sono segnati con il simbolo «X»; qui di seguito, per semplicità di lettura, per tali dati anche noi metteremo il simbolo «X» accanto. Laddove non abbiamo messo i simboli «X» o «Y», il dato in esame può essere fornito dal dichiarante a ognuno dei livelli interessati.

importazione/esportazione. Tra le informazioni devono figurare il riferimento all'autorità che rilascia il titolo o il certificato interessati, il periodo di validità degli stessi, gli importi o i quantitativi cancellati e la rispettiva unità di misura. Nei casi in cui non sia possibile ricavarlo in modo univoco da altri dati, quali il numero EORI del titolare dell'autorizzazione, deve essere fornito anche il numero di riferimento dell'autorizzazione allo sdoganamento centralizzato;

6. LRN (Y): deve essere inserito il numero di riferimento locale (LRN) che viene definito a livello nazionale ed assegnato dal dichiarante in accordo con le autorità competenti per identificare ogni singola dichiarazione;
7. esportatore e il numero di identificazione dell'esportatore (Y): vengono indicati il nome e cognome o la ragione sociale e l'indirizzo completo della persona interessata. Questa informazione, però, è obbligatoria solo nei casi in cui per la persona interessata non è fornito il numero EORI o il numero di identificazione unico di un Paese terzo riconosciuto dall'Unione. Ove, invece, tali dati siano presenti, non è necessario fornire nome e indirizzo. In questo caso viene indicato il numero EORI dell'esportatore, cioè della persona stabilita nel territorio doganale dell'Unione che ha la facoltà di decidere e ha deciso che le merci devono uscire da tale territorio doganale; oppure nei casi stabiliti dal RD, qualsiasi persona stabilita nel territorio doganale dell'Unione che è parte del contratto in virtù del quale le merci devono uscire da tale territorio doganale. Se il destinatario non dispone di un numero EORI, l'amministrazione doganale può assegnargli un numero *ad hoc* per la dichiarazione;
8. dichiarante e numero di identificazione del dichiarante (Y): viene indicata l'informazione di cui sopra, nel punto 7. Se il dichiarante e l'esportatore/speditore sono la stessa persona, vengono indicati i pertinenti codici definiti per il dato «Informazioni supplementari»;
9. rappresentante, numero di identificazione del rappresentante e codice di qualifica del rappresentante (Y): viene indicata l'informazione di cui sopra, nel punto 7. È richiesta soltanto se è differente dal dato «Dichiarante» o, se del caso, dal dato «Titolare del regime di transito»;
10. numero di identificazione del titolare dell'autorizzazione, della persona che presenta la garanzia e della persona che paga il dazio doganale (Y): utilizzando il pertinente codice unionale, viene indicato il tipo di autorizzazione e il numero EORI del titolare dell'autorizzazione. Negli ultimi due casi, il codice EORI viene indicato se la persona è diversa dal dichiarante;
11. codice del Paese di destinazione e del Paese di spedizione/esportazione e l'ufficio doganale di uscita (Y);
12. ubicazione delle merci (Y): utilizzando i codici pertinenti, viene indicato il luogo in cui possono essere esaminate le merci. Il luogo deve essere indicato

con precisione sufficiente da consentire alla dogana di effettuare il controllo fisico delle merci;

13. ufficio doganale di presentazione (Y): questa informazione è utilizzata solo in caso di sdoganamento centralizzato;
14. data di accettazione: viene utilizzato unicamente nelle dichiarazioni complementari;
15. massa netta, massa lorda e unità supplementari della merce: la massa netta e l'unità supplementari vengono indicati a livello di articoli, mentre la massa lorda può essere fornita dal dichiarante a ognuno dei livelli interessati. La massa lorda viene indicata come il peso delle merci compreso l'imballaggio ma escluso l'apparecchiatura del vettore per la dichiarazione.
Quando il peso dei pellet è incluso nei documenti di trasporto, tale peso deve essere incluso inoltre nel calcolo della massa lorda, salvo nei casi in cui il pellet costituisca un articolo distinto nella dichiarazione doganale; o l'aliquota del dazio per l'articolo in questione sia basata sul peso lordo e/o il contingente tariffario per l'articolo in questione sia gestito in unità di misura «peso lordo»;
16. descrizione delle merci (X): per «descrizione delle merci» si intende la denominazione commerciale abituale delle stesse. Fatta eccezione per le merci non unionali vincolate al regime di deposito doganale in un deposito doganale pubblico di tipo I, II e III o in un deposito doganale privato, la descrizione deve essere sufficientemente precisa da consentire l'immediata e univoca identificazione e classificazione delle merci;
17. tipo di imballaggio, numero di imballaggi e marchi di spedizione (X);
18. codice CUS (*Customs Union and Statistics*) (X): è l'identificativo assegnato nell'ambito dell'inventario doganale europeo delle sostanze chimiche (ECICS) ai principali e preparati chimici. Se le merci di cui trattasi sono soggette a una misura TARIC in relazione a un codice CUS, è necessario fornire quest'ultimo codice;
19. codice delle merci – Codice della nomenclatura combinata e TARIC (X);
20. container (Y) e numero di identificazione del container: viene indicata la situazione presunta al passaggio della frontiera esterna dell'Unione sulla base delle informazioni disponibili all'atto dell'espletamento delle formalità di esportazione o di transito o la presentazione della richiesta di prova della posizione doganale delle merci unionali, utilizzando il pertinente codice unionale;
21. modo di trasporto fino alla frontiera e modo di trasporto interno (Y): quest'ultimo non deve essere fornito se le formalità di esportazione sono espletate al punto di uscita dal territorio doganale dell'Unione;

22. identità del mezzo di trasporto alla partenza e nazionalità del mezzo di trasporto attivo che attraversa la frontiera (Y): dati obbligatori per i prodotti agricoli che beneficiano di restituzioni all'esportazione, salvo nei casi di spedizione a mezzo posta o mediante installazioni di trasporto fisse. Nei casi di spedizione a mezzo posta o mediante installazioni di trasporto fisse questa informazione non è richiesta. Si precisa che in caso di trasporto combinato o se ci si avvale di vari mezzi di trasporto, il mezzo di trasporto attivo è quello che muove il tutto²⁵;
23. natura della transazione e valore statistico: viene indicato il valore statistico espresso nell'unità di valuta, il codice della quale può figurare nel dato «Unità di valuta interna» o, in assenza di tale codice nella valuta dello Stato membro nel quale sono completate le formalità di esportazione, in conformità alle disposizioni unionali in vigore. Lo Stato membro che accetta la dichiarazione può esonerare dall'obbligo di fornire questa informazione se è in grado di fornire una valutazione corretta e ha attuato sistemi di calcolo atti a garantire un sistema compatibile con i requisiti statistici.

In aggiunta ai dati obbligatori di cui sopra, per la dichiarazione B1 i singoli Stati membri possono decidere di richiedere anche le seguenti informazioni:

1. dati relativi alla dilazione di pagamento: vengono indicati i dati di riferimento dell'autorizzazione in causa; con «dilazione di pagamento» si può intendere la dilazione di pagamento sia del dazio sia al credito di imposta;
2. identificazione del deposito: l'informazione è richiesta se la dichiarazione di vincolo ad un regime doganale serve ad appurare il regime del deposito doganale;
3. destinatario e numero di identificazione del destinatario: se le agevolazioni sono concesse nell'ambito di un programma, riconosciuto dall'Unione, di partenariato commerciale di un Paese terzo, viene indicato il numero di identificazione unico del Paese terzo che quest'ultimo ha comunicato all'Unione. Tale numero può essere utilizzato ogniqualvolta è in possesso del dichiarante;
4. condizioni di consegna (Y);
5. calcolo delle imposte: tipo di imposta, l'aliquota, base imponibile, debito fiscale, totale e il metodo di pagamento (X): tali informazioni non devono essere fornite se le amministrazioni doganali effettuano il calcolo delle imposizioni per gli operatori economici sulla base degli altri dati presenti nella dichiarazione. Essa è facoltativa per gli Stati membri negli altri casi;

²⁵ Ad esempio, se si tratta di camion su nave, il mezzo di trasporto attivo è la nave; se si tratta di motrice e rimorchio, il mezzo di trasporto attivo è la motrice.

6. valuta di fatturazione, importo totale fatturato, unità di valuta interna e tasso di cambio (Y): gli Stati membri possono richiedere il tasso di cambio solo nei casi in cui quest'ultimo sia fissato in anticipo da un contratto tra le parti interessate;
7. codici aggiuntivi nazionali delle merci (X), totale dei colli (Y) e codice della regione di origine (X): il codice pertinente definito dagli Stati membri, che indica la regione di spedizione o produzione delle merci in questione all'interno dello Stato membro interessato;
8. identità del mezzo di trasporto alla partenza e quella che attraversa la frontiera (Y): è obbligatorio per i prodotti agricoli che beneficiano di restituzioni all'esportazione, salvo nei casi di spedizione a mezzo posta, mediante installazioni di trasporto fisse o per ferrovia.

L'operatore economico che presenta la dichiarazione B1 può decidere di fornire all'amministrazione doganale anche le seguenti informazioni:

1. numero di riferimento/UCR: concerne il riferimento commerciale unico attribuito dalla persona interessata alla spedizione in causa, che fornisce accesso ai dati commerciali sottiacenti di interesse per le dogane;
2. numero di identificazione del o degli attori supplementari della catena di approvvigionamento: numero di identificazione unico assegnato a un operatore economico di un Paese terzo nell'ambito di un programma di partenariato commerciale elaborato sulla base del *Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade*;
3. codice del Paese di origine della merce (X): questo dato è obbligatorio per i prodotti agricoli che beneficiano di restituzioni all'esportazione, mentre nei casi in cui l'operatore economico non fornisce i suddetti dati discrezionali gli Stati membri non hanno il diritto di esigerli.

5. B2 – Regime speciale – trasformazione – dichiarazione per il perfezionamento passivo.

Per la dichiarazione B2, l'allegato stabilisce gli stessi dati definiti per la dichiarazione B1, con le seguenti, lievi differenze:

- per la dichiarazione B2, oltre all'informazione relativa all'ufficio doganale di presentazione è richiesta anche l'informazione sull'ufficio doganale di controllo. Questa informazione è utilizzata solo in caso di dichiarazione di custodia temporanea o di dichiarazione in dogana, per vincolare le merci a un regime speciale diverso dal transito, presentata in un ufficio doganale diverso dall'ufficio doganale di controllo quale indicato nella rispettiva autorizzazione;
- a differenza della dichiarazione B1, il dato sul codice CUS non è obbligatorio, ma è lasciato alla discrezione del dichiarante;

- gli Stati membri per la dichiarazione B2 non hanno la facoltà di chiedere l'identità del mezzo del trasporto attivo che attraversa la frontiera.

6. B4 – Dichiarazione per la spedizione di merci nell'ambito degli scambi con territori fiscali speciali.

Rispetto alla dichiarazione B1, per la dichiarazione B4 si osservano le seguenti differenze:

- non è necessario indicare il tipo di dichiarazione supplementare;
- i dati riguardanti la dichiarazione semplificata, i documenti precedenti e le informazioni supplementari non sono obbligatori per la presentazione, ma sono lasciati al potere discrezionale dei singoli Stati membri;
- gli Stati membri non possono richiedere informazioni sulla dilazione di pagamento;
- i dati dell'esportatore e del rappresentante (diversi dal codice EORI) e il codice del Paese di spedizione/esportazione non sono obbligatori, ma la loro richiesta è lasciata alla discrezione degli Stati membri;
- non è necessario presentare il numero di identificazione della persona che presta la garanzia e della persona che paga il dazio doganale;
- gli Stati membri non possono chiedere informazioni sul calcolo delle imposte, sull'unità di valuta interna e sul tasso di cambio;
- il codice del Paese di origine è obbligatorio per i prodotti agricoli soggetti alla restituzione e per le merci per le quali l'Unione richiede l'origine delle merci nell'ambito degli scambi con territori fiscali speciali;
- le informazioni sull'ubicazione della merce e sulla massa lorda non sono obbligatorie, ma sono lasciate alla discrezione degli Stati membri; invece, i dati sulla massa netta e sull'unità supplementari della merce sono richiesti soltanto in caso di transazioni commerciali con la partecipazione di almeno due Stati membri;
- non sono obbligatori i dati sul numero di imballaggi, sui marchi di spedizione, sul modo di trasporto fino alla frontiera e sul valore statistico, e sono lasciati al potere discrezionale degli Stati membri;
- non sono richiesti il codice TARIC e i codici aggiuntivi nazionali, ma solamente il codice della nomenclatura combinata;
- non sono richiesti i dati sul container, sul modo di trasporto interno, sull'identità del mezzo di trasporto alla partenza, sull'identità e la nazionalità del mezzo di trasporto attivo che attraversa la frontiera; invece, le informazioni sul modo di trasporto fino alla frontiera e il numero di identificazione del

container non sono obbligatorie e sono lasciati alla discrezione degli Stati membri;

- la natura della transazione è richiesta soltanto in caso di transazioni commerciali con la partecipazione di almeno due Stati membri.

Per le dichiarazioni di tipo A1, A2 e A3, e C1, C2 sono previsti dati richiesti più ridotti.

A livello nazionale, l'amministrazione doganale ha stabilito quali, tra i dati richiesti per la presentazione delle dichiarazioni connesse all'esportazione che il RD lascia alla discrezione degli Stati membri, siano obbligatori, o meno. Tutti i dati lasciati alla discrezione degli Stati membri a livello nazionale sono stabiliti come dati facoltativi: quindi, la loro mancanza nella dichiarazione doganale non influisce sulla validità di quest'ultima. L'Agenzia ADM, però, richiede come dato obbligatorio per la dichiarazione B1 anche quello sull'ufficio doganale di controllo che è responsabile per la supervisione della procedura, nei casi in cui nella dichiarazione venga fatto riferimento ad un'autorizzazione²⁶. Per la dichiarazione B4 quasi tutti i suddetti dati lasciati alla discrezione degli Stati membri a livello nazionale sono stati resi obbligatori²⁷. Nella dichiarazione B4 rimangono comunque non obbligatori i dati su: identificazione del deposito; condizioni di consegna; calcolo delle imposte (tipo di imposta, aliquota, base imponibile, debito fiscale, totale e metodo di pagamento).

L'Agenzia ADM, quindi, dal punto di vista tecnico, ha completato l'informatizzazione delle operazioni di esportazione richieste dalla normativa unionale. In particolare, il sistema informativo dell'Agenzia ADM, come risultato della reingegnerizzazione dei processi del servizio, prevede per l'esportatore nuove funzionalità che consentiranno, oltre alla presentazione della dichiarazione di esportazione, anche la relativa modifica e/o cancellazione, la possibilità di inviare telematicamente la dichiarazione anche prima della presentazione delle merci all'ufficio di esportazione e lo sdoganamento centralizzato. Sarà possibile distinguere temporalmente le diverse fasi di lavorazione di una dichiarazione doganale: per ogni dichiarazione vengono distinte le fasi di registrazione, accettazione e attribuzione del controllo (esito CDC e svincolo). Tale approccio consente di accedere a banche dati esterne (es. *Certex*, *Customs Decisions System*, *REX*, ecc.) senza pregiudicare la tempestività della registrazione della dichiarazione doganale. L'accettazione della dichiarazione è notificata al dichiarante attraverso l'attribuzione del numero di registrazione *Master Reference Number* (MRN).

Dopo lo sdoganamento, si può procedere alla modifica o all'annullamento della dichiarazione inviando telematicamente l'MRN che è stato attribuito, il codice d'ufficio doganale della dichiarazione e identificando la causale dell'annullamento con i seguenti

²⁶ Viene inserito nel campo 44, usando i codici pertinenti.

²⁷ Cfr. il sito <https://www.adm.gov.it/portale/en/informazioni-tecniche2>.

codici: A – errata registrazione; B – cambio di destinazione doganale; C – completamenti non acquisibili; D – annullamento esportazione su istanza di parte; E – partita A3 non dichiarabile.

Nell'istanza dell'annullamento con apposito numero viene identificato anche il riferimento normativo.

Le applicazioni reingegnerizzate, quindi, consentiranno:

- l'acquisizione, la rettifica e l'annullamento di una dichiarazione attraverso un protocollo di colloquio, completamente digitalizzato, tra l'ufficio di esportazione ed il dichiarante;
- l'invio della dichiarazione in modalità «parcellizzata» (in più step) oppure in modalità «completa» (con la totalità dei dati);
- l'invio di dichiarazioni standard, pre-dichiarazione, dichiarazione semplificata e dichiarazione complementare;
- il superamento del limite dei 40 articoli per dichiarazione, previsto attualmente in AIDA;
- nuove modalità di colloquio con i dichiaranti, basate sui più recenti standard internazionali (scambio di messaggi in formato XML tramite *web services*);
- il riconoscimento delle altre *Certification authorities* per l'identificazione e la firma digitale;
- il riconoscimento degli utenti tramite SPID, CNS o CIE.

Le applicazioni reingegnerizzate non consentiranno più le operazioni di esportazione a «*groupage*» e le dichiarazioni di esportazione abbinate a transito.

7. Possibili sviluppi e problematiche.

Con l'avvio del set di dati non esisterà più il DAU (Documento Amministrativo Unico). In realtà, già da tempo con l'introduzione di messaggi IM and EX, DAU era soltanto la veste grafica della dichiarazione doganale che non aveva alcun valore legale, perché il «documento» effettivamente valido era ed è costituito dal messaggio inviato al sistema informativo dell'Agenzia ADM²⁸. Con l'introduzione dei nuovi *data set* si rafforza questa indicazione, mancando a tutti gli effetti una rappresentazione grafica riconosciuta²⁹.

²⁸ Secondo l'art. 2712 del Codice civile, le riproduzioni informatiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.

²⁹ Il Codice dell'amministrazione digitale ([d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82](#)) fa distinzione tra il «documento informatico», che è il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti, e il «documento analogico», che è la rappresentazione non informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti.

Tanti affermano che il passaggio dal DAU ai nuovi set di dati è epocale e sta richiedendo uno sforzo per il cambiamento da parte sia l'Agenzia ADM che degli operatori economici sotto molteplici aspetti. I processi aziendali in un ambiente automatizzato riguardano sia dati che documenti. Il *WCO Data model* rappresenta dati strutturati che possono essere definiti non solo come unità di dati significative, ma anche come documenti. Il *WCO Data model* identifica «dichiarazione» e «accertamento» come gli elementi principali delle operazioni regolamentari transfrontaliere. Le dichiarazioni elettroniche rese allo Sportello Unico contengono informazioni sufficienti affinché le autorità di regolamentazione possano prendere decisioni regolamentari in merito alle importazioni, esportazioni e al transito di merci. Le informazioni, tuttavia, si basano normalmente su una serie di altri documenti di accompagnamento³⁰, i cui riferimenti sono forniti nella dichiarazione. Questi riferimenti consentono alle autorità doganali di verificare le informazioni dichiarate e contribuire a convalidarle, facendo riferimento a fonti esterne. I documenti accompagnativi forniscono solidità e certezza in merito alle informazioni fornite nella dichiarazione. Dato che l'obiettivo di questo cambiamento è quello di semplificare le *paperwork* in un ambiente *Single Window*, la questione che può porsi è: come mai tutti i documenti, inclusi quelli di accompagnamento non potrebbero essere convertiti in dati? La maggior parte di noi non considera piccole informazioni come documenti, e fa una distinzione tra le informazioni altamente strutturate e quelle non strutturate, associando solo quest'ultime ai «documenti».

Nella *Single Window*, come abbiamo ricordato sopra, è possibile verificare i documenti che accompagnano la dichiarazione attraverso l'accesso ai sistemi che li ospitano. Tale accesso ai documenti elettronici, infatti, è relativo ai dati strutturati conservati in sistemi automatizzati. Gli esperti suggeriscono, quindi, che non è utile insistere sulla distinzione tra «dati» e «documenti»³¹.

Tutto sembra apparentemente pacifico tra gli enti governativi/pubblici che fanno parte della *Single Window*: tutti i dati presenti nei *database* sono giuridicamente validi per lo sdoganamento, per i vari accertamenti e processi formali connessi con essi. Inoltre, anche le altre agenzie governative (*Other Government Agencies – OGA*), così come alcuni organismi di controllo, possono accedere ai dati presenti nei *database* doganali. Il problema si pone soprattutto per l'operatore economico, che deve esibire un documento che provi di aver effettuato un'operazione di importazione o esportazione per i diritti dovuti, oppure quando un operatore economico o l'Agenzia ADM si trovino in una realtà *extra-Single Window*, per esempio davanti al tribunale. Dove ricavare le informazioni per

³⁰ Sono documenti aziendali chiave, che costituiscono scambi commerciali e di trasporto, come la fattura, *packing list*, bolla di accompagnamento, ordine di acquisto, bolla di consegna, polizza di carico, lettera di vettura, ecc.; oppure documenti normativi, come licenze, certificati, permessi e altro.

³¹ WCO Customs Risk Management Compendium: *Dematerialization & Paperless Processing*, reperibile [online](#).

la registrazione contabile? Cosa costituisce la prova concreta di un fatto o di un rapporto giuridico contestato? Quale supporto utilizzare come prova da opporre ai terzi?

Come abbiamo detto, il documento cartaceo rappresentativo del DAU è una «copia di cortesia» di tutti i dati presenti nei database doganali, che sono gli unici dati giuridicamente validi: la copia cartacea ha il semplice valore di supporto (di cortesia) e non costituisce un documento «autentico» giuridicamente valido e efficace. Il DAU (o qualsiasi altro «documento» che verrà dopo l'introduzione delle nuove dichiarazioni), quindi, è la rappresentazione grafica della dichiarazione stessa. Le nuove dichiarazioni si avranno in formato XML che, però, non è facilmente interpretabile, e l'operatore economico importatore – a differenza di dichiarante – non ha la possibilità di accedere a tutte le informazioni sul sito dell'Agenzia ADM.

Per risolvere le suddette problematiche, l'Agenzia ADM sta predisponendo e studiando azioni differenziate nel tempo. In particolare, nell'immediato sarà possibile per il dichiarante accedere al MRN attraverso il portale unico (PUD) e fornire una copia di cortesia all'importatore. È, inoltre, allo studio la verifica della possibilità di permettere l'accesso alla lettura di dati di interesse del MRN da parte dell'operatore economico.

Con la circolare n. 22/2022 del 6 giugno 2022³², al fine di consentire agli operatori economici di assolvere agli obblighi di natura contabile e fiscale previsti dalla normativa IVA connessi alla registrazione delle dichiarazioni di importazione e quindi consentire ai medesimi di esercitare il diritto alla detrazione dell'IVA pagata all'importazione, l'Agenzia ADM contestualmente allo svincolo delle merci, ha messo a disposizione un prospetto di riepilogo ai fini contabili della dichiarazione doganale, il cui modello è stato condiviso con l'Agenzia delle Entrate e definito con la determinazione direttoriale prot. 234367 del 3 giugno 2022³³, che riporta in particolare i dati relativi al pagamento dei diritti doganali (dazio, IVA e altri tributi), suddivisi per aliquote.

Il prospetto di riepilogo ai fini contabili viene generato una volta conclusa la fase di svincolo delle merci, seguendo il ciclo di vita della dichiarazione doganale; si tiene conto in particolare delle differenti modalità di svincolo (svincolo per intera dichiarazione o per articoli), delle eventuali rettifiche o invalidamento della dichiarazione stessa.

Le copie di cortesia prodotte dal *software* utilizzato per la trasmissione delle dichiarazioni doganali da parte degli operatori possono essere un supporto comunque utile per conoscere i dati presenti nella dichiarazione doganale, ma sono prive di validità intrinseca per quanto «il contenuto sia rimesso alla “discrezione” dei singoli emittenti e non è possibile verificare se possieda le medesime garanzie di affidabilità del documento rilasciato dall'Agenzia delle Dogane»³⁴.

³² Agenzia ADM, [circolare n. 22/2022](#), *Reingegnerizzazione del sistema informatico di sdoganamento all'importazione – Indicazioni procedurali H1- H5*.

³³ Reperibile [online](#).

³⁴ Agenzia delle Entrate, [risposta n. 417/2022](#), *Bolletta doganale d'importazione – Registrazione ai fini IVA – articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633*.

8. Conclusioni.

È innegabile che molti sforzi e risorse sono state dedicate all'ottimizzazione, alla smaterializzazione ed alla digitalizzazione delle procedure doganali, al fine di adattarsi ai profondi e rapidissimi mutamenti di scenario e dei ritmi imposti dal mercato globale. L'Agenzia ADM, prima delle altre dogane europee, ha investito in progetti di innovazione digitale; tuttavia, la smaterializzazione delle procedure doganali rimane un processo complesso ed in continua evoluzione. È ancora in via di sviluppo la standardizzazione ed automatizzazione della *Single Window* unionale, al fine di facilitare la cooperazione tra autorità doganali ed altre autorità coinvolte nelle operazioni di import, export e transito; nonché il sistema dello sdoganamento centralizzato (*Centralised Customs Clearance – CCC*), per garantire la corretta gestione delle concessioni di autorizzazione nei casi in cui sia coinvolta più di una autorità doganale sull'intero territorio doganale dell'UE. È in continuo processo di aggiornamento anche il nuovo sistema di transito informatizzato (NCTS – fase 5 e fase 6), che riguarda la registrazione di eventi nel corso del trasporto e l'allineamento degli scambi di informazioni ai requisiti relativi ai dati del Codice, nonché l'aggiornamento e lo sviluppo di interfacce con altri sistemi. Nel prossimo futuro sarà portato in vita un nuovo sistema transeuropeo (GUM, Gestione delle garanzie), che riguarderà la gestione delle garanzie globali che possono essere utilizzate in più di uno Stato membro e il controllo dell'importo di riferimento per ogni dichiarazione doganale.

Nel proseguire lungo il percorso di trasformazione digitale previsto dalla strategia nazionale «Dogana 4.0», si è provveduto anche ad ampliare la fruibilità dell'offerta dei servizi digitali, integrandoli con quelli dell'UE³⁵. È stato predisposto un nuovo modello autorizzativo unico (MAU) per l'abilitazione sia ai servizi erogati attraverso il portale nazionale (PUDM – Portale Unico Dogane Monopoli), sia a quelli erogati tramite il portale europeo (TP – *EU Trader Portal*). Il progetto mira a gestire – con un'unica identità digitale – l'accesso ai servizi unionali, utilizzando le modalità nazionali di accesso. Con il MAU si introduce la figura del «gestore», che – su delega dell'operatore economico/azienda – può attribuire le autorizzazioni ai vari servizi a più persone fisiche, secondo le necessità operative.

Il passaggio alla totale digitalizzazione non è privo di sfide finanziarie, operative, tecniche e legali: a riguardo di queste ultime, è necessario prestare particolare attenzione al lato etico della raccolta dei dati ed alle questioni relative alla protezione dei dati ed alla riservatezza. L'art. 3 della decisione 70/2008/CE stabilisce che la divulgazione o la trasmissione delle informazioni debbano avvenire nel pieno rispetto delle disposizioni

³⁵ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, *La nuova Dogana, ovvero come usare l'innovazione tecnologica per coniugare la tutela e la competitività del mercato*, 21 marzo 2017, reperibile [online](#).

vigenti in materia di protezione dei dati³⁶. Le autorità nazionali di controllo della protezione dei dati ed il Garante europeo della protezione dei dati, ciascuno agendo nell'ambito delle rispettive competenze, devono collaborare e assicurare il controllo coordinato dei dati di registrazione, promuovendo la sensibilizzazione sui diritti in materia di protezione dei dati. Con un maggiore accesso ai dati e l'adozione di nuove tecnologie, sorgeranno nuove vulnerabilità, come maggiori rischi per la sicurezza informatica. Ciò richiederà una notevole attenzione perché i cittadini si fideranno e abbracceranno le innovazioni basate sui dati solo se avranno la certezza che qualsiasi condivisione di dati personali nell'Unione europea sarà soggetta al pieno rispetto della protezione dei dati, in conformità con le rigide regole dell'UE.

Per sfruttare l'uso delle tecnologie emergenti e potenziare le operazioni doganali, la «lungimiranza» degli esperti del futuro della dogana evidenzia che gli Stati membri e le autorità doganali dovrebbero raggiungere un livello elevato di raccolta, utilizzo e scambio di dati, anche tramite la predisposizione di *pipeline* di dati tra partner attendibili e di meccanismi di condivisione dei dati, utilizzando un sistema di dati doganale comune dell'UE. L'armonizzazione dei sistemi informatici degli Stati membri o, a medio e lungo termine, il trasferimento in un unico sistema informatico UE, è fondamentale per il funzionamento efficiente delle dogane dell'UE. Sarà inoltre fondamentale, per abilitare operazioni doganali dal funzionamento efficiente, che tutti gli Stati membri abbiano lo stesso livello di capacità IT ed operino in modo armonizzato.

Le nuove tecnologie probabilmente cambieranno il modo in cui le autorità doganali controlleranno il flusso delle merci e raccoglieranno i diritti dovuti. A seguito dell'adozione delle nuove tecnologie, come *Internet of Things* (IoT), intelligenza artificiale (AI), stampa 3D, *Blockchain/Distributed Ledger Technologies* (DLT) in diversi ambiti della società e dell'economia, le aspettative verso le dogane dell'UE aumenteranno. Sarà necessario costruire la capacità di gestire e analizzare i *big data*, ed espanderle ulteriormente, in linea con i progressi tecnologici che si avranno nei prossimi decenni, nonché sfruttare le opportunità derivanti dalle tecnologie nella misura più ampia possibile, al fine di supportare gli obiettivi della Nuova Dogana.

³⁶ In particolare, della [direttiva 95/46/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e del [regolamento \(CE\) n. 45/2001](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati.

ABSTRACT: Nel corso dell'ultimo decennio è diventato più frequente parlare del nuovo ruolo dell'amministrazione doganale e riferirsi al suo lavoro ed al suo miglioramento, come ad un aspetto della facilitazione del commercio. Lo sviluppo dei sistemi *paperless custom* è visto come il punto di partenza cruciale, per qualsiasi Paese, per influenzare la crescita del commercio e conseguentemente migliorare la performance economica. La diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione rappresenta un'opportunità per le amministrazioni doganali per rafforzare le loro posizioni di avanguardia dello sviluppo strategico in tutti i Paesi. Da diversi anni, a livello internazionale ed europeo sono state elaborate e fornite raccomandazioni sulla digitalizzazione dei processi doganali per agevolare gli scambi commerciali e migliorare i processi delle amministrazioni doganali.

Con il presente elaborato si cercherà di esaminare la base giuridica della digitalizzazione dei processi doganali, i sistemi elettronici necessari per l'applicazione del Codice doganale dell'UE, di analizzare e presentare le nuove modalità di presentazione delle dichiarazioni doganali connesse con l'esportazione, così come i contenuti dei nuovi *data set*. Si faranno cenni su novità e cambiamenti e su possibili sviluppi e problematiche che potrebbero presentarsi a seguito dell'attivazione dei nuovi sistemi elettronici.

PAROLE CHIAVE: digitalizzazione; reingegnerizzazione; nuova dogana; tracciati esportazione; sistemi elettronici.

The New Customs: the impact of digitalization and Paperless Customs

ABSTRACT: Over the last decade it has become more frequent to speak about the new role of the customs administration and to refer to its work and its improvement, as an aspect of trade facilitation. The development of paperless custom systems is seen as the crucial starting point, for any country, to influence the growth of trade and consequently to improve its economic performance. The diffusion of information and communication technologies represents an opportunity for customs administrations to strengthen their positions at the forefront of strategic development in all countries. For several years, recommendations on the digitization of customs processes have been developed and provided at international and European level to facilitate trade and to improve customs administration processes.

With this paper we will try to examine the legal basis of the digitization of customs processes, the electronic systems necessary for the application of the EU Customs Code, to analyze and to present the new ways of submitting customs declarations related to

export, as well as the contents of the new data sets. We will try to give a brief overview of the recent changes and the possible developments and problems that may arise following the activation of the new electronic systems.

KEYWORDS: paperless customs; data set; digital customs; dematerialization; Single Window.