

ANNO LXXXVI - 2019

NUOVA SERIE A - N. 70,3-4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



SUL DIRITTO IN EUROPA

A MARGINE DEL SESSANTUNESIMO SÉMINAIRE
DE DROIT COMPARÉ ET EUROPÉEN

(a cura di A. BONDI, L. MARI, I. PRETELLI, E.A. ROSSI, M.L. BICCARI)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3-4

Relazioni

- ALESSANDRO BONDI, *Diritto al muro*, 165
ROBERT BRAY, *Interinstitutional agreements – A Discussion*, 193
GEORGES CAVALIER, ROCCO DI NUZZO, *New Technologies and Tax Law*, 207
EMILIO DE CAPITANI, *Twenty years after Tampere and ten years since the Lisbon Treaty The European area of freedom security and Justice has lost its compass?*, 219
ANDREA GIUSSANI, *Remedies against enforcement of foreign judgments*, 267
FRANCIS JACOBS, *The current status of the Brexit negotiations, and the implications of Brexit for the United Kingdom and the European Union*, 285
IRENE MACCAGNANI, ILARIA PRETELLI, *La legge applicabile ai patti parasociali in Svizzera. Analisi e prospettive alla luce di un caso di studio*, 293
EDOARDO ALBERTO ROSSI, *Gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani negli appalti pubblici. Brevi note*, 313
TUTO ROSSI, *Banche svizzere e clienti italiani dopo il segreto bancario*, 325
HELMUT SATZGER, *Harmonisation of Sanctions through EU Law. Legal Basis, Problematic Current Practice and a Proposal for a Better Model in the Future*, 335

Interventi

- ANDREA ANNIBALINI, *Spunti per una rilettura dell'insindacabilità parlamentare in chiave discriminante*, 345
CECILIA ASCANI, *La Direttiva (UE) 2017/1371 e l'introduzione delle fattispecie tributarie al modello 231 di responsabilità degli enti*, 361
JULIE ESQUENAZI, *Retour sur le tribunal compétent sur l'indemnisation des passagers en cas de retard d'un vol avec correspondance: quels enseignements pour le for du contrat?*, 377

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Franco Angeloni, Licia Califano, Piera Campanella, Marco Cangiotti, Antonio Cantaro, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Maria Paola Mittica, Lucio Monaco, Paolo Morozzo della Rocca, Paolo Pascucci, Elisabetta Righini

Redazione: Maria Luisa Biccari, Maria Morello, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur), Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

ANNO LXXXVI - 2019

NUOVA SERIE A - N. 70,3-4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



SUL DIRITTO IN EUROPA

A MARGINE DEL SESSANTUNESIMO SÉMINAIRE
DE DROIT COMPARÉ ET EUROPÉEN

(*a cura di* A. BONDI, L. MARI, I. PRETELLI, E.A. ROSSI, M.L. BICCARI)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

ALESSANDRO BONDI

*DIRITTO AL MURO**

SOMMARIO: I. Diritto, paura, economia. – 1. Fatto. – 2. Spazi. – 3. Diritti costituenti. – 4. Persone. – 5. Paure. – 6. Carcerieri incarcerati. – 7. Costi e benefici. – 8. Il prezzo del reato. – 9. Politica senza economia. – II. Diritto, ragione, sistemi. – 1. Viaggio nel tempo. – 2. Infinita crescita. – 3. Publio Aelius Hadrianus. – 4. Roma, America, Europa. – 5. Sintassi dell'economia. – 6. Atto di consapevolezza. – 7. Ragioni del diritto. – 8. Gestione del diritto. – 9. Diverso e comune nel diritto. – 10. Vuoto legislativo. – 11. Pretese pericolose. – III. Diritto, Rivoluzione, Costituzione. – 1. È il 1989. – 2. Cosa stava succedendo? – 3. *Nomen Omen*. – 4. Legge Fondamentale o Costituzione? – 5. Riunificazione o annessione? – 6. La Costituzione presa sul serio. – 7. La dignità dell'uomo. – IV. Diritto, tempo, legge. – 1. Ricorrenze. – 2. Guerra fredda. – 3. Alle porte della Giustizia. – 4. Stato di diritto. – 5. Due ordinamenti in uno. – 6. Giurisprudenza delle Corti federali. – 7. Scomparsa della irretroattività. – 8. Azioni e reazioni. – 9. Responsabilità e garanzie.

I. DIRITTO, PAURA, ECONOMIA

Cercando fatti da tradurre in norme e norme che chiedono la verifica dei fatti, il giurista approccia la politica senza dimenticare la toga. L'argomento che si offre alla pazienza di chi legge riguarda Mura Muraglie Valli: un Muro considerato nel suo complesso, noto a storia e a civiltà diverse. Trump ne ha annunciato uno; la Germania ne ha abbattuto un altro. In mezzo 25 anni di occasioni perse e prospettive da raccogliere: non solo europee, ma con l'Europa nel cuore¹.

Si parte dal più recente, dal Muro americano accompagnato dagli impicci del diritto. E, viste le premesse, è bene confessare che il Muro, nelle sue varianti materiali tecnologiche culturali, diventerà il pretesto per ragionare di politica criminale chiamata a gestire con la pietra filosofale delle pene gli affanni della società: vera e propria alchimia tra sicurezza e garanzie, tra paure e diritti. Cronaca e storia, politica ed economia, definiranno il contesto neces-

* Per raggiungerci, hai abbattuto ogni Muro. Grazie mamma.

¹ Il testo riprende miei editoriali pubblicati su La Piazza 2017/2-4.

sario al diritto per svolgere la sua funzione, con qualche cognizione di causa e di legittimità democratica.

Infine, se al giurista si può forse perdonare un approccio logico che non rifugge le pulsioni e un contesto sociale che nulla sottrae all'analisi giuridica, quel che invece non gli si può perdonare è l'uso disinvolto della prima persona che, però, ha permesso di confessare il proprio pre-giudizio: la pre-comprensione dell'esperienza che è stata motore di quanto scritto².

1. Fatto.

Il diritto incline alla pena parte da un fatto. Il fatto è parte di un fenomeno. Il fenomeno ha trovato cronaca nella pressione migratoria cui si è opposto il progetto di un *Muro* lungo la frontiera tra il Messico e gli Stati Uniti d'America.

Ricerca scientifica, curiosità, film, storia mi hanno portato spesso in questo Stato-continente. Eppure non lo conosco. L'ho intravisto, soffermandomi sulle coste. Ma New York, Boston, San Francisco non sono gli Stati Uniti; sono una parte degli Stati Uniti così come Boise, Oklahoma City, Little Rock. Ma là sono diversi. Non hanno porti che li legano al mondo e gli aeroporti non contano: sono un *duty free* confinato dai *metal detector*. Se nella *East* e *West Coast* degli Stati Uniti si sentono americani cittadini del mondo, in mezzo si sentono solo cittadini americani, paghi di quell'autosufficienza che la politica europea chiama isolazionismo ma che, per il cittadino di Boise, Oklahoma City, Little Rock è semplicemente uno *spazio*: una frontiera nel mito della frontiera. Anche per il diritto.

2. Spazi.

Il diritto, soprattutto quello penale, si trova a suo agio con lo spazio circoscritto da una frontiera: definisce un ambito di validità di cui potrebbe fare a meno solo concentrandosi sulla persona. In via sussidiaria, la validità spaziale della disposizione penale assurge come regola per la tutela internazionale di beni giuridici universali: i *core crimes* rappresentati dai *crimini di guerra*, *contro l'umanità*, *contro la pace*³.

² A. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, C.H. Beck, 2007, p. 8.

³ H. SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Europäisches Strafund Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 8^a, 2018;

L'idea di uno spazio politico-economico-culturale autosufficiente realizza uno spazio istituzionale. Ed è qualcosa che tanto sfugge all'europeo quanto è innato all'americano, con ragioni cui il giurista non rimane indifferente, se ritiene il diritto scienza a servizio della società⁴.

Lo spazio diventa così il riflesso di chi lo vive e con esso s'identifica⁵, pur vivendo un'impresione ricorrente. Gli Stati Uniti d'America sono solo una parte dell'America, sebbene lo statunitense sia diventato l'americano per antonomasia, almeno per chi non vive su quel continente. D'altronde, gli Stati Uniti sono uno Stato enorme di un continente enorme: quasi dieci milioni di chilometri quadrati, 6 fusi orari, 4.490 chilometri tra New York e Los Angeles. Il *molto* come il *poco* spazio ha perciò rappresentato una sfida della convivenza. Per la persona in qualche luogo degli Stati Uniti, il diritto è stato spesso un'opzione lontana; e la sua esecuzione, ha conosciuto forme fin troppo sbrigative quanto partecipate⁶.

Ma non solo per la persona fisica lo spazio gioca un ruolo. Anche per i cinquanta Stati che compongono gli USA. È propria della tradizione federale, con venature confederate, il sospetto verso eccessive intromissioni del governo centrale. Pericolo registrato dal 2° emendamento della Costituzione statunitense che, con generico riferimento alla *Libertà di uno Stato*, sancisce il diritto dei cittadini di possedere, per legittima difesa, armi utili a una

K. AMBOS, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, München, C.H. Beck, 5ª, 2018, p. 102; K. AMBOS, *Rechtsgutprinzip und Harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*, Duncker & Humblot, 2013, p. 1285-1310; F. NEUBACHER, *Kriminalität der Mächtigen vor internationalen Strafgerichten: Was heißt hier kriminell?* in T. ROTSCH, J. BRÜNING, J. SCHADY (Edd.), *Strafrecht - Jugendstrafrecht - Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis*, Nomos, 2015, p. 653-668.

⁴ B. BRYSON, *America perduta: in viaggio attraverso gli Usa*, tradotto da A. POGGI e A. M. GALLIAZZO, Feltrinelli, 2015; G. DE CATALDO, *L'oppio dei popoli. Intervista a Jennifer Haigh*, in «Repubblica» (7 ottobre 2018); D. FOSTER WALLACE, *La mia lettera all'America che verrà*, in «Repubblica» (9 settembre 2018); P. ROTH, *C'era una volta l'America (e l'Europa)*, in «Repubblica» (11 giugno 2017).

⁵ R. ELISABETTA, *La temibile frontiera che sta dentro di noi (recensione)*, in «Sole 24 Ore» (3 marzo 2019).

⁶ *United States | History, Map, Flag, & Population*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/United-States> (consultato: 2 marzo 2020); *Stati Uniti d'America nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/stati-uniti-d-america> (consultato: 2 marzo 2020).

milizia oltre che al singolo. Diritto inusuale quanto travisato. In proposito, è interessante notare che il contesto pubblico della legittima difesa era in origine prevalente rispetto a quello individuale, così come il carattere onnicomprensivo del riferimento alla '*Libertà di uno Stato*', vale a dire, a non escludere il diritto di difesa dei singoli Stati verso il governo centrale, laddove a Washington fosse venuto in mente di ridiscutere gli *spazi di potere* che ancora oggi separano lo Stato federale dagli Stati federati.

3. Diritti costituenti.

Con tanto spazio fisico e istituzionale, i diritti come i doveri diventano legami da mettere su una bilancia, soppesando vantaggi e svantaggi.

I cinquanta Stati sono figli di tredici colonie inglesi su suolo americano; colonie che rivendicarono il diritto dei cittadini di essere politicamente rappresentati, perché contribuenti di un fisco poco amato (*no taxation without representation*). Nondimeno, la conquista dell'indipendenza è stata un'epifania dei diritti della persona, annunciando che tutti gli uomini sono stati creati *uguali* e dotati di *diritti inalienabili* come la *vita, la libertà, e il perseguimento della felicità*. Era il 1776.

Una nazione era così nata definendo in un arco costituzionale i diritti fondamentali della persona che sono il naturale contrappeso dell'autorità – all'occorrenza – armata di pena. Solo tredici anni dopo ci sarebbe stata la Rivoluzione francese, da cui l'Europa fa partire la sua modernità e molto diritto⁷.

4. Persone.

Altre guerre e acquisizioni territoriali da Francia, Spagna, Messico, Russia hanno infine reso gli USA la quarta nazione al mondo per estensione dopo Russia, Cina, Canada. Insomma, tra America e Asia, due a due nella gara dei più grandi. In mezzo l'Europa, piccola madrepatria, ma ricco serbatoio d'emigrazione che ha avuto negli USA una destinazione privilegiata. Una migrazione che ha importato in America idee e speranze ed esportato in Europa rimesse e diritti.

⁷ L. FERRAJOLI, *L'America, la conquista, il diritto. L'idea di sovranità nel mondo moderno*, in «Meridiana» (1992) 15, p. 17-52; G.P. FLETCHER, *American Law*, Oxford University Press, 2005, p. 105 ss.; L.M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Giuffrè, 1995, p. 103 ss.

Oggi sono 325 milioni gli statunitensi. Un crogiolo di gruppi etnici: 72,4% di bianchi; 12,6% di neri; 4,8% di asiatici; 0,9% di nativi americani; 0,2% delle isole del Pacifico. E sono tanti i legami di territorio o di lingua: 50,7 milioni di tedeschi; 50,4 milioni d'ispanici; 42 milioni di afroamericani; 37,5 milioni di britannici; 34,5 milioni di irlandesi; 20 milioni di asiatici; 18 milioni d'italiani; 11,8 milioni di francesi; 6,4 milioni di ebrei⁸.

Insomma, se non bastasse lo spazio fisico e istituzionale statunitense, sarebbe sufficiente considerare le persone e le loro culture, per cercare formanti originali in una giustizia che, nel procedimento ordinario statunitense, penale e civile, non è gestita da un *giudice in nome del popolo* bensì dal *popolo espresso in una giuria*⁹.

5. Paure.

«*Yes, we can – yes, we did*». Così Barack Obama ha concluso il suo discorso di commiato dalla Presidenza degli Stati Uniti¹⁰. Per atteggiamento e cultura, gli USA preferiscono trovare soluzioni anziché dilungarsi nell'analisi di un problema. L'importante è che funzioni, non come ci si è arrivati. Il diritto spesso segue questa tendenza e la nomina presidenziale – ma a vita – dei giudici della Corte suprema sente la contingenza politica. Le statistiche su economia, disoccupazione, ricerca sembrano dare loro ragione, quando il problema è l'economia e la disoccupazione. Ma alle statistiche spesso sfugge la percezione, il disagio, il timore viscerale dei WASP (*White Anglo-Saxon Protestant* della classe media) di perdere la loro centralità nella società USA, dopo che gli USA l'hanno persa nell'economia del mondo. L'inquietudine è forte e la reazione non si è fatta attendere. A una candidata poco credibile

⁸ WIKIPEDIA, voce 'USA' censimento 2010 (consultato: 30 dicembre 2019).

⁹ W. BURNHAM, *Introduction to the law and legal system of the United States*, Thomson/West, 5ª, 2011; M.E. WILLIAMS (Ed.), *The jury system*, Greenhaven Press, 1997; L. CORSO, *Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune*, in «Criminalia» (2008), p. 347-381; M. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, il Mulino, 2003; G.P. FLETCHER, S. SHEPPARD, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford University Press, 2005; S. GIFIS, *Law Dictionary (Barron's Legal Guides)*, Barron's Educational Series, Inc., 5ª, 2003; J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford Univ. Press, 2003; F. PASSANI, *Brevi osservazioni sui verdeti dei giurati*, JSTOR, in «Riv. Internazionale Scienze sociali e discip. ausil.» 54 (1910), p. 212-219; N. VIDMAR (Ed.), *World jury systems*, Oxford University Press, 2000; M.E. WILLIAMS (Ed.), *The jury system*, Greenhaven Press, 1997.

¹⁰ B. OBAMA, *Farewell speech*, Chicago 10 gennaio 2017 <https://www.nytimes.com/video/us/politics/> (15 marzo 2017).

gli americani hanno preferito un candidato incredibile. Dal 20 gennaio 2017, Donald Trump è il 45° Presidente degli Stati Uniti d'America¹¹.

6. Carcerieri incarcerati.

Trump ha promesso un Muro lungo i 3.000 km del confine tra gli USA e il Messico. Un Muro contro la paura, contro la manodopera a buon mercato, contro il disavanzo commerciale da 60 miliardi: contro il diverso¹².

Ma un *Muro* contro gli altri è un *Muro* contro il riflesso di sé visto negli altri. La storia lo ricorda. La muraglia cinese, prototipo di ogni *Muro* per la sua imponenza; il vallo di Adriano, passo indietro dell'Impero Romano dopo la conquista; il *Muro* di Berlino, frattura di una Germania spezzata in due dalla follia di una guerra mondiale: quasi sempre testimoniano timore, raramente sicurezza¹³.

La storia non è un argomento americano, perché molti americani sono scappati da una storia; perché non vogliono più essere coinvolti nella storia delle guerre europee, presi come sono dalle proprie guerre in giro per il mondo; perché sono cresciuti con l'idea che loro è il futuro anche se, con la crisi, sono costretti a guardare il presente. La classe media scompare, con poveri sempre più poveri e ricchi sempre più ricchi. Gli USA non hanno più una superpotenza come nemico, ma hanno cercato – e sono stati trovati – da nemici con una identità religiosa e la presunzione di rappresentare un miliardo di persone. La guerra è diventata strumento d'identità dove prima c'era-

¹¹ T. BEN JELLOUN, *Nelle scelte di Trump l'odio come politica*, in «Repubblica» (3 febbraio 2017); I. BURUMA, *Il pregiudizio cosmopolita nell'era di Trump*, in «Repubblica» (6 agosto 2017); S. CASSESE, *Trump e i paradossi del voto popolare*, in «Corriere della Sera» (13 novembre 2016); G. DE CATALDO, *L'oppio dei popoli. Intervista a Jennifer Haigh*, in «Repubblica» (7 ottobre 2018); M. DEL PERO, *La deregulation trumpiana sull'ambiente*, Treccani, in <http://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/> (consultato: 7 settembre 2019); I. KRESTEV, *Un europeo nell'America di Trump*, in «Repubblica» (02/12/2018); P. KRUGMAN, *Il divorzio dai fatti*, in «Repubblica» (21 ottobre 2018); G. MELETTI, *Trump, potere gelido nel mondo infuocato*, in «Il Fatto Quotid.» (18 marzo 2018); F. RAMPINI, *Mosse giuste per il suo popolo così il presidente incanta l'America che lo ha votato*, in «Repubblica» (3 febbraio 2017); A. STILLE, *L'America di Trump*, in «Repubblica» (febbraio 2017).

¹² V. ZUCCONI, *Quel muro che paralizza l'America*, in «Repubblica» (13 gennaio 2019); *Quel muro che Trump vuole al confine con il Messico - USA 2016*, ANSA.it, in http://www.ansa.it/usa_2016 (consultato: 26 febbraio 2020).

¹³ Cfr. P. MASTRACOLA, *Quel muro tra Buoni e Cattivi*, Sole 24 Ore, in <https://www.ilsole24ore.com/art/cultura> (consultato: 6 agosto 2018).

no ideali e guerra, libertà e guerra, progresso e guerra¹⁴. E in mezzo a tutto questo il diritto, anche di guerra. Fino a Guantánamo. Base militare USA in territorio cubano, dove sospetti terroristi sono stati imprigionati con ordini presidenziali e accondiscendenza politica che ha trasformato in amministrazione la gestione penale. Dell'*habeas corpus*, una delle più antiche garanzie a tutela della persona contro possibili soprusi dello Stato, si è persa traccia.

7. Costi e benefici.

Dopo il terrorismo c'è un'altra emergenza, perché c'è sempre un'emergenza per una politica globalizzata nella miseria delle idee che propone, e nell'autoritarismo che esprime, manipolando la paura. L'emergenza di turno è la migrazione che preme dal sud del continente americano. Dunque, un *Muro* s'ha da fare. Il *Muro* individua un nemico, definisce una guerra. Ma se la politica è diventata voce che segue le urla, il diritto rimane impegno ideale che difende la persona e deve tentare, anche se perdente, di dare un senso accettabile alla convivenza.

In un articolo del *New York Times*, i professori Hemel, Masur, Posner, della Chicago Law School, vaticinano un ostacolo alla costruzione del *Muro* messicano: una sentenza della Suprema corte americana che ha avuto come relatore il giudice Scalia¹⁵. In Michigan contro EPA (29/06/2015) la Corte Suprema ha, infatti, censurato una norma della *Environmental Protection Agency* in tema di emissioni di mercurio, per via dei costi eccessivi che avrebbe provocato all'industria, secondo l'idea che «nessuna regolazione è appropriata se apporta significativamente più danni che benefici»¹⁶.

Ci si concentri sul principio. Beni di altissimo valore, come la salute, possono essere oggetto di un'analisi costi-benefici. Non è così in Italia, almeno non in apparenza. Per esempio, sui luoghi di lavoro la nostra giurisprudenza richiede la *massima sicurezza tecnologicamente possibile*, anche se poi si fanno rientrare i costi e i tempi di realizzazione – così come quel che è fattibile tecnologicamente – valutando secondo 'ragionevolezza'¹⁷. Ma nemmeno negli

¹⁴ G.P. FLETCHER, *Romantics at war. Glory and Guilt in the age of Terrorism*, Princeton University Press, 1^a, 2002, *passim*.

¹⁵ D. HEMEL, J. MASUR, E. POSNER, *How Antonin Scalia's Ghost Could Block Donald Trump's Wall*, NYT (26 gennaio 2017).

¹⁶ https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-46_bqmc.pdf (consultato: 30 dicembre 2019).

¹⁷ Cfr. C. cost. 312/1996; Cass. pen. IV 30 maggio 2013 n. 26247; Cass. pen. IV 21 di-

USA la valutazione economica prevale senza colpo ferire, giacché dietro l'uso degli avverbi si aprono molte porte all'interpretazione da dare a quel che '*significativamente*' produce più danno *economico* che beneficio alla *salute*.

Sebbene con prospettive diverse, e aderenze più o meno marcate al testo originario, un ragionamento per valori e principi avvicina il fare delle Corti costituzionali¹⁸. E i principi vanno oltre il caso concreto. Il che significa che nella sentenza del giudice Scalia, il più conservatore e brillante membro della Corte suprema, da poco scomparso e molto elogiato dallo stesso Trump, potrebbe arrivare l'ostacolo più forte al *Muro* messicano: i suoi costi. Le possibilità di contenere il fenomeno migratorio col *Muro* in questione sono molto basse; le spese previste per la sua costruzione vanno dagli 8 ai 15 miliardi di dollari, più 500 milioni all'anno necessari per la sorveglianza; mentre il PIL si abbasserebbe di 2,6 trilioni in dieci anni per minore entrate da tasse, imposte e scambi commerciali in caso di una deportazione di massa degli immigrati irregolari. In breve, costi significativi rispetto a benefici incerti.

8. Il prezzo del reato.

Avvicinare la tutela penale a valutazioni economiche non è scontato. Si può concepire un diritto che risponda a una valutazione di costi e benefici? È il tema della *Law & Economics* (L&E), *l'analisi economica del diritto*. Tema poco battuto in Italia e ancor più raro quand'è rivolto alla materia penale¹⁹. Rinviano ad altro studio, si suggerisce di considerare la L&E come

cembre 2006; A. BONDI, *Le disposizioni sanzionatorie del titolo I*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (Edd.), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Carinci, 2^a, 2009, p. 560.

¹⁸ Cfr. O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle corti sovranazionali*, DPC (consultato: 06/06/2017).

¹⁹ Nel contesto italiano, A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (Edd.), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, 2010. V. inoltre A. ALVESALO, A. LAITINEN, *Perspectives on economic crime*, University Of Turku, 1994; G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche (Tragic choices) (Giuristi stranieri di oggi)*, Giuffrè, 1986; F. COSENTINO, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?* JSTOR, in «Il Foro Ital.» 113 (1990), p. 153-154; 163-164; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, 2002; D. MARCHESI, L. FRANZONI, *Economia e politica economica del diritto*, il Mulino, 2006; L. MÉRÖ, *Calcoli morali. Teoria dei giochi, logica e fragilità umana*, Dedalo, 2000; L. PERFETTI, P. POLIDORI (Edd.), *Analisi economica e metodo giuridico. I servizi pubblici locali (Strumenti per la didattica del dir. pubb.)*, CEDAM, 2003; F. PESCE, *Alle radici di un difficile binomio: analisi economica e diritto penale*, in «IP» 1 (2011), p. 32-68.

«un metodo per leggere il diritto, non una soluzione al diritto»²⁰. Un metodo non sempre applicabile, perché il diritto cerca corrispondenze in cui una componente razionale, dettata da valutazione in base a costi e benefici, non è sempre presente²¹. Ma le differenze non sono assolute. Le componenti irrazionali dell'agire umano sono da tempo sotto la lente dell'analisi economica e, d'altra parte, il diritto continua a cercare risposte alternative alla sanzione penale anch'esse riconducibili a valutazioni secondo costi e benefici. Il confronto tra autori e vittime di reato ha come comune denominatore la persona con i suoi diritti e doveri, individuali e sociali. E se è pur vero che la persona rimane refrattaria a una traduzione in costi, lo stesso rispetto della persona deve conciliarsi con le esigenze di utilità sociale che legittimano la funzione penale nella gestione di un conflitto provocato da una devianza criminale: un'idea non troppo lontana da quel benessere sociale che legittima la funzione economica nella gestione di risorse limitate²².

9. Politica senza economia.

Nella sua crociata contro i migranti, Trump ha rincarato la dose. Con decreto presidenziale ha revocato la copertura giuridica offerta ai c.d. *dreamers* protetti dal *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA)²³. Il decreto era stato introdotto dal presidente Barack Obama il 15 giugno del 2012 a favore di chi viveva negli USA dal 2007 e, al momento del suo ingresso,

²⁰ A. BONDI, *La ricchezza delle sanzioni*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (Edd.), *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, 2010, p. 103-130. Nella stessa curatela, cfr. le prospettive strettamente penalistiche di G. MARRA, *Prevenzione, efficienza e sussidiarietà penalistica*, p. 131; C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, p. 9; K. VOLK, *L'analisi economica del diritto penale*, p. 257.

²¹ Cfr. F. PESCE, *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Università degli Studi di Trento, 2019, p. 27.

²² A. BONDI, *La ricchezza delle sanzioni* cit., p. 129. Cfr. G. P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International: Volume One: Foundations*, Oxford University Press, 1^a, 2007, p. 3.

²³ L. ABREGO et al., *Making Immigrants into Criminals: Legal Processes of Criminalization in the Post-IIRIRA Era*, in «Jmhs» 5 (2017), p. 694-715; I. BURUMA, *Il pregiudizio cosmopolita nell'era di Trump*, in «Repubblica.it» (6 agosto 2017); C. GALLUZZO, C. SARCINA, *Trump bocciato sui migranti*, in «Corriere della Sera» (5 febbraio 2017); M. VALSANIA, *Armi, immigrati, sanità - così vota la Corte Suprema dell'era Trump*, in «Sole 24 Ore» (28 luglio 2019); Usa, *da 15 Stati offensiva giudiziaria contro Trump in difesa dei Dreamers*, in «Repubblica.it» (7 settembre 2017).

aveva meno di 16 anni ed era inserito nel sistema scolastico statunitense. Il provvedimento permetteva a 1,7 milioni di potenziali beneficiari di studiare e lavorare senza, però, conseguire il diritto alla cittadinanza. Contro la revoca di questo provvedimento si sono opposti 15 Stati e le più importanti aziende della Silicon Valley²⁴.

Che sia per i costi, che sia per i diritti, negli Stati Uniti si svolge uno scontro inedito tra Governo e Magistratura, tra Stato Federale e singoli Stati, tra America first e stranieri, quand'anche inseriti in università e aziende americane. Il Muro ha già diviso prima ancora di essere costruito.

II. DIRITTO, RAGIONE, SISTEMI.

Ci sono frontiere, muri, costi; c'è un'America identificata con gli Stati Uniti; un'America spaventata che ha votato Trump: ricco, fallito, telegenicamente arrabbiato come molti suoi elettori. Il cronista annota e il giurista annaspa, registrando il conflitto tra i poteri dello Stato, di una presidenza già forte che vuole diventare più forte.

1. Viaggio nel tempo.

Quando il mondo si divide, il giurista insegue un significato nel sistema di norme che maneggia con incerto successo, secondo una filosofia che cerca giustizia, una teoria che si presti alla verifica della validità dei suoi costrutti e una sociologia che ne quantifichi l'efficacia²⁵. L'economia qui accompagna il diritto; la cronaca aiuta, la storia insegna.

2. Infinita crescita.

Solo il PIL dovrebbe sempre crescere, almeno per l'economia che dimentica come, in un mondo di risorse finite, la crescita infinita è una contraddizione logica. Men che meno l'espansione continua ha senso per la

²⁴ WIKIPEDIA, voce 'USA' (consultato: 7 settembre 2017). Cfr. *Stati Uniti d'America nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/stati-uniti-d-america> (consultato: 2 marzo 2020); *United States | History, Map, Flag, & Population, Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/United-States> (consultato: 2 marzo 2020).

²⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia juris*, Laterza, 2007.

storia. Se ne accorse Adriano, uno dei più grandi imperatori romani; se ne accorse dopo che l'impero aveva raggiunto la sua massima espansione; e se ne accorse per ragionamento, non per viltà o mancanza di qualità.

3. Publius Aelius Hadrianus.

Fu ottimo generale ed eccezionale amministratore. Generoso verso sé stesso, preferito da Traiano – e ancor più dalla moglie di Traiano – studiò con avidità; costruì e viaggiò per ogni dove del suo vasto impero. E ne fermò l'espansione. Rinunciò all'Assiria, alla Mesopotamia, all'Armenia; rafforzò il *Limes imperii*, prima solo strada poi sempre più confine fortificato dell'Impero Romano. Consolidò conquiste, a sud a est a nord dell'Europa, dividendo infine l'attuale Inghilterra dalla Scozia: oggi costretta suo malgrado alla Brexit, allora esclusa da quell'impero che conteneva l'Europa e molto altro nei suoi confini. I 117 chilometri del *Limes britannico* vennero così difesi con l'efficienza e la sapienza ingegneristica tipica degli (antichi) romani: un vallo, ottimamente fortificato, segnò il limite settentrionale dell'impero. A nord del Vallo rimasero le tribù dei Pitti e la fantasia dei romanzieri²⁶.

4. Roma, America, Europa.

Il *Limes britannico* ricorda il presente. L'America che non ce la fa, che perde l'idea della frontiera da superare per trovare un *Muro* da difendere. Si è visto, è un'America in contraddizione con sé stessa, con il settore che più la caratterizza: col mondo interconnesso pluri-etnico monolingue della *Silicon*

²⁶ R. BALLARD, *Hadrian's Wall*, JSTOR, in «Teach. Hist.» 3.10 (1973), p. 106-108; R.G. COLLINGWOOD, *Hadrian's Wall*, JSTOR, in «History» 10.39 (1925), p. 193-202; *Hadrian's Wall | Roman wall, England, United Kingdom*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/topic/Hadrians-Wall> (consultato: 2 marzo 2020); *Le province europee dell'Impero romano. La Britannia: Il Vallo di Adriano* in «Il Mondo dell'Archeologia», in <http://www.treccani.it/enciclopedia/le-province-europee-dell-impero-romano-la-britannia-il-vallo-di-adriano> (consultato: 2 marzo 2020); R. PARIBENI, G. CULTRERA, L.A. CONSTANS, *Adriano*, in *Enciclopedia Treccani*, 1929; *Roma nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/roma> (consultato: 2 marzo 2020); *Roman Empire | Definition, History, Map, & Facts*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/place/Roman-Empire> (consultato: 2 marzo 2020); in fine di queste sommarie citazioni un grande divulgatore: I. MONTANELLI, *Storia di Roma*, Rizzoli, 1969, p. 468.

Valley²⁷. È l'America che con Trump si affida al miglior esempio dell'*establishment* per abbattere l'*establishment*, per rispondere alla grande pancia che divide le due coste americane. Una pancia in cui c'è paura, sospetto, rabbia per la povertà di una potenza mondiale, dopo appena un secolo del suo "impero". E poi c'è l'Europa ricca di storia e di diritto; l'Europa che vive la sua pace più lunga; l'Europa che si è unita per gli affari; l'Europa che si dovrebbe unire per politica e interesse comune²⁸. E che non è meno spaventata dell'America. È l'Europa che trova improbabili emuli alle espressioni *trumpiste* della politica, con strani alleati-nemici di politiche migratorie e deficit di bilancio, il tutto mentre la Brexit dimostra in pratica l'insensatezza della divisione, in un mondo unito dai grandi numeri dell'economia e della demografia²⁹.

5. Sintassi dell'economia.

Ritorna la truffa del PIL che cresce pesando il benessere dei cittadini benestanti. Potere sempre più finanziario, sempre più forbice che divide i

²⁷ E. CAU, *Internet degeneration. Quest'uomo sa come fermarla*, in «Il Foglio Quotid.» (28 settembre 2019); E. FORZINETTI, *Intelligenza artificiale e diritto: tutti i nodi legali ancora aperti*, *Corriere della Sera*, in <http://www.corriere.it/tecnologia/cyber-cultura/> (consultato: 4 dicembre 2017); R. LUNA, *Internet ha bisogno di etica*, in «Repubblica» (31 ottobre 2019); V. MILITELLO (Ed.), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, 2018; M. NIOLA, *La nostra vulnerabilità digitale*, in «Repubblica» (14 maggio 2017); F. RAMPINI, *Re-te padrona: Amazon, Apple, Google & co. Il volto oscuro della rivoluzione digitale*, Feltrinelli, 2015; *La lotta geopolitica del quantum computing*, Treccani, *l'Enciclopedia italiana*, in <http://www.treccani.it/magazine/atlanter> (consultato: 27 settembre 2019); G. SANTAMBROGIO, *La «sbornia» elettronica*, in «Sole 24 Ore» (18 marzo 2018); S. SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, in *ED Annali*, vol. VII, 2014, p. 1-77.

²⁸ G. ALPA, *Diritti umani. Un medioevo grigio che ancora alberga nel cuore dell'Europa*, in «La Stampa» (15 marzo 2019); N. BOBBIO, *Un'Europa senza dissenso è una prigione*, in «Repubblica» (23 settembre 2014); A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, 2012; F. CALASSO, *Europa*, in «ET» (2005), p. 691-718; F. CHABOD, *Storia dell'idea d'Europa*, Laterza, 1984; F. FUKUYAMA, *Identità: la ricerca della dignità e i nuovi populismi*, UTET, 2019; G. GALASSO, *Europa. Storia*, in *La Piccola Treccani*, vol. IV, 1995, p. 442-449; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2016; V. ZAGREBELSKY, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2015.

²⁹ T. G. ASH, *L'anima divisa in due*, in «Repubblica» (25 giugno 2016); T. BLAIR, *I dubbi sulla Brexit*, in «Repubblica» (25 febbraio 2018); F. FUBINI, *Il colpo all'Europa*, in «Corriere della Sera» (25 giugno 2016); E. MAURO, *La politica che abdica*, in «Repubblica» (25 giugno 2016); I. MCEWAN, *Omaggio all'Europa (la pace sia con noi)*, in «Repubblica» (4 giugno 2017); A. POLITO, *Quattro lezioni d'inglese per i nostri sovranisti*, in «Corriere della Sera Lett.» (1 dicembre 2018); S. ROMANO, *Quell'isola che non c'era*, in «Corriere della Sera» (25 giugno 2016).

ricchi dai poveri, tagliando quel ceto medio che avrebbe dovuto assorbire la povertà contenendo le ricchezze predatorie. L'Europa condivide con l'America il paradosso di una globalizzazione che ha ridotto la povertà dei Paesi poveri, aumentando la povertà di quelli ricchi³⁰. Un effetto redistributivo difficile d'accettare per chi lo subisce, ma anche per chi ne beneficia, quando i conti sono pagati in termini di minore sicurezza sui luoghi di lavoro, minore sostenibilità ambientale, minore responsabilità sociale. Insomma, si sta meno bene e si cerca un responsabile, mentre il pensiero va all'ineffabile indeterminatezza del concetto di populismo³¹. La colpa è di qualcuno, dev'essere di qualcuno. Il nemico è esterno; non è il proprio modello di vita, ma l'insolenza di chi lavora a qualunque prezzo pur di sopravvivere: in qualunque luogo modo tempo, pur di sopravvivere³².

6. Atto di consapevolezza.

Ripreso il filo col presente, adesso si prova a spiegare quanto accennato colla storia: il Vallo di Adriano fu un atto di consapevolezza verso la paura

³⁰ A. CASSESE, *La Costituzione europea tra stati nazionali e globalizzazione*, in ET 1925-2005, II, p. 1451-1464; V. CASTRONOVO, *Temperare l'iperglobalizzazione*, in «Sole 24 Ore» (4 febbraio 2019); M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, 2000; B. LÉVY, *Saranno i poveri a pagare il trionfo del populismo globale*, in «La Stampa» (13 novembre 2016); A. ORIOLI, *Gli squilibri sono inevitabili. Falso! (intervista a Jaso Hickel)*, in «Sole 24 Ore» (18 novembre 2018); A. GINORI, *Piketty "L'ingiustizia favorisce i populist"*, in «Repubblica» (27 maggio 2019).

³¹ P. BATTISTA, *Populista è ormai un insulto non una categoria politica*, in «Corriere della Sera» (9 dicembre 2015); G. BERNARDINI, *La sottigliezza dei populismi*, in «Corriere della Sera Lett.» (22 aprile 2018); R. BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in «AP» 1, (2019), p. 27; I. DIAMANTI, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in «Ital. Eur.» (14 ottobre 2010); G. FERRAIULO, *Rappresentanza e populismo*, in «AIC» 3 (2017), p. 1-16; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia» (1989); P. FRANCHI, *Il deficit di conoscenza della politica lontana dai cittadini*, in «Corriere della Sera» (31 luglio 2016); M. FROMMEL, *Punitiver Populismus*, in F. HERZOG et al. (Edd.), *Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte. Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, Duncker & Humblot, 2016, p. 495-505; M. GAGGI, *Populismi positivi*, in «Corriere della Sera Lett.» (23 settembre 2018); E. GALLI DELLA LOGGIA, *Populismo senza qualità*, in «corriere.it» (10 dicembre 2018); D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, in «Criminalia» (2015), p. 123-146; C. SALMON, *Populismo e post-verità*, in «Repubblica» (24 dicembre 2016).

³² A. BONDI, *Odissea penalistica. Cercando Giustizia*, Urbino University Press, 2018, p. 24 ss.

di “non farcela”. Un atto che permise all’impero di rafforzarsi, di sopravvivere, di trovare ragioni di unità diverse dalla forza dei suoi eserciti. Le ottime strade romane divennero le dorsali dei traffici, dopo essere state le vie delle legioni. La cultura e la civiltà trovarono radici e strutture, anche quando la crisi travolse le istituzioni politiche lasciando regni e città ombra del passato. Il diritto trovò una nuova dimensione globale nonostante il dissolvimento dell’Occidente e dell’Oriente imperiale. Anche quando l’Italia da padrona divenne serva, il mondo del diritto, cresciuto tra le mura comunali, finì per dare ordine alle istituzioni civili come a quelle religiose e, da braccio secolare, divenne mente su cui nacquero gli Stati nazionali. Così si sviluppò un diritto multiforme con fondamenta nel vecchio e sviluppo nel nuovo mondo³³.

7. Ragioni del diritto.

Il diritto è risposta a una domanda di convivenza. Le radici sono nella società, il tronco è nelle sue istituzioni; ma i rami possono essere diversi. Si riprendano le vicende del Regno unito. Prima diviso poi somma di Inghilterra, Galles, Scozia, Irlanda; trovò nella lingua e nel diritto romano uno strumento di pregio, cresciuto insieme a nuovi dominatori. Le popolazioni celtiche, normanne, insulari e continentali si riunirono nella *Union Jack*: la bandiera che riprende le croci dei regni d’Inghilterra, Scozia, Irlanda. E il diritto del re contro i diritti delle baronie e delle comunità autoctone ebbe successo perché fu sì causa di guerre, ma anche elemento di unione e di reciproco interesse.

Semplificando oltre misura, si possono ricordare i passaggi dei mutamenti istituzionali regolati dal diritto. Ne vale la pena. Il re vuole affermare il suo potere. Per poterlo fare deve dimostrare forza e utilità del servizio che offre. Dunque, *sicurezza e giustizia*; agli inizi il più possibile uniforme, magari arbitraria, ma uguale per tutti secondo il ceto di appartenenza. Col mutare dei rapporti di potere, arrivano anche le garanzie della *Magna Charta libertatum* (1215-1297) che, insieme a una serie di limiti al potere del re, gettano le basi per collegare la rappresentanza politica al pagamento delle tasse, secondo il già ricordato modello che farà scuola nella guerra d’indipendenza delle colonie inglesi d’America, ma che aveva radici profonde già nella storia greca e romana³⁴.

³³ F. CALASSO, *Medio Evo del diritto vol. 1 - Le fonti*, Giuffrè, 1954; F. CALASSO, *Europa*, Giuffrè, 1954; P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Laterza, 2016 (vers. Kindle).

³⁴ W. CHURCHILL, *Storia dei popoli di lingua inglese: 1-2 (La Scala. Saggi)*, Bur Biblioteca

8. Gestione del diritto.

Il diritto è *servizio e potere* in sé. Nel Regno inglese è gestito da giudici itineranti in nome del re, con la giuria composta dai notabili del luogo. La *giuria* è la voce legata al '*luogo del delitto*', la ferita della comunità ricomposta secondo regole che diventano comuni e rimangono terze. Il diritto rinasce nelle corti di giustizia, così com'era stato per l'Impero Romano fino a Giustiniano. Il sistema, il trattato, il *Corpus iuris civilis* fu necessario ai governanti romani solo quando il diritto moltiplicò i suoi interventi nella gestione sociale. Il diritto anglosassone, di *common law*, riprende l'evoluzione romana. Cerca l'essenza del diritto, i principi che trascendono un sistema, per mezzo delle corti che, pronunciando sentenze, formano precedenti vincolanti per giudizi futuri, finché elementi di novità non spingeranno a creare nuove regole che superino quelle precedenti (*overruling*). Il mondo di *common law* così si distingue da quello di *civil law*, dove il momento della costruzione giurisprudenziale e consuetudinaria del diritto cede il passo ai prodromi delle leggi. Ma anche qui le esigenze rimangono simili, vale a dire, le garanzie del sistema giuridico rispetto a sé stesso e agli altri poteri. Si tratta della certezza della legge, dell'uguaglianza, della irretroattività come profilassi all'arbitrio; della ragionevolezza e proporzione delle risposte giurisprudenziali. Esigenze uguali al *common e civil law* perché esigenze *comuni* di una società che cerca regole per garantire la convivenza: sia essa un rapporto tra Persone, tra Persone e Stati, tra Stati e altri Stati³⁵.

Univ. Rizzoli, 1999; G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. BARATTA, Giuffrè, 1962; M. SARFATTI, *Magna Carta*, in *Treccani*, vol. XXIV, p. 1934.

³⁵ E. AMODIO, *Maxiprocessi e 'pentiti' nell'esperienza continentale e del sistema di common law*, in «Doc Giust» (1983), p. 93; M. BIRAL, M. Daniele, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, in «DPC» (19 aprile 2018); A. BONDI, *Odissea penalistica* cit., p. 1-153; G.P. CALLIESS, M. RENNER, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, in «Ratio Juris» 22.2 (2009), p. 260-280; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «QG» 5 (2018); G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998; sir J. LAWS, *The rhetoric of the common law*, JSTOR, in C. KREMMIDAS, J. POWELL, L. RUBINSTEIN (Edd.), *Profession and Performance*, vol. 123, School of Advanced Study, University of London, 2013, p. 111-118; M. LUPOT, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, JSTOR, in «FI» 116.9 (1993), p. 431-432; 439-440.

9. Diverso e comune nel diritto.

Oggi si distingue il diritto pubblico da quello privato; l'internazionale dal nazionale; le pene dai risarcimenti. A dispetto di un'imponente normazione e giurisprudenza europea, si camuffano le differenze per non rendere conto delle comunanze anche perché, dopo aver attribuito per anni le colpe di ogni mancanza politica all'Europa, i cittadini hanno finito per crederci. Ma le comunanze rimangono, anche rispetto al diritto penale, gelosamente difeso dai singoli Stati nazionali per nostalgie della storia e spicciolame dei politici.

Con linguaggio continentale, si può dire che le sanzioni penali difendono diritti e beni giuridici, curano il senso di sicurezza, affondano i denti nella carne dei cittadini con privazioni di libertà e altre sofferenze. A tale potere corrispondono maggiori responsabilità istituzionali che si traducono in guarentigie offerte ai cittadini. Rispetto alle salvaguardie offerte dalla giurisprudenza, il *civil law* si affida dichiaratamente alla legge scritta per tipizzare le norme penali che definiscono condotte e sanzioni.

Ma anche nei Paesi di *common law* la norma penale cerca e trova forma scritta negli *statutes* che seguono modelli legislativi, in pratica, riprendendo in codici simili ai nostri Testi unici quel che nei Paesi di *civil law* si è formato, dall'illuminismo in poi, con rigore e maestria³⁶. I codici sono, difatti, gli strumenti legislativi che meglio offrono al sistema penale razionalità, verificabilità dei fatti e riproducibilità delle norme³⁷.

Eppure il legislatore contemporaneo è in ambascie; sembra incapace di seguire la strada maestra della discussione parlamentare; affida sempre più al Governo il compito di legiferare con decreti leggi senza l'urgenza richiesta (art. 77 Cost.) e decreti legislativi senza vera definizione legislativa di *principi e criteri direttivi* (art. 76 Cost.)³⁸.

³⁶ A. BONDI, *Odissea penalistica* cit., p. 62 ss.

³⁷ A. BONDI, *Zero*, in A. CAVALIERE et al. (Edd.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, ESI, 2017, p. 83-105.

³⁸ *Ex multis*: C. cost. n. 170/2017 (red. Carosi), ID. n. 83/2010 (red. Silvestri), ID. n. 62/2005 (red. Onida).

Un quadro completo in R. NEVOLA (Ed.), *La decretazione d'urgenza nella giurisprudenza costituzionale*, in «Serv. studi della Corte costituzionale» (settembre 2017).

10. Vuoto legislativo.

La ricerca di equilibrio è uno stato della natura che si ripropone nelle istituzioni dell'uomo. Il vuoto della legislazione viene occupato dalla giurisprudenza nazionale ed europea che trova anche encomiabili momenti di auto-limitazione. La Corte costituzionale sovente limita le sue censure alle norme, pur di non sovrapporsi al lavoro legislativo del Parlamento (*self restraint*)³⁹; la Corte europea dei diritti dell'uomo estende le garanzie legislative legate al divieto di applicare retroattivamente una norma a casi preesistenti alla norma stessa, chiedendo la conoscibilità e prevedibilità anche del precedente giudiziale che, in pratica, non deve avere un carattere innovativo esprimendo un significato che non aveva al momento della commissione di un reato⁴⁰. La Corte di giustizia dell'Unione europea pure anticipa in sentenza un obbligo di penalizzazione imponibile dal Consiglio agli Stati membri che verrà recepito, pochi anni dopo, da quel trattato di Lisbona che ha salvato la sostanza del progetto di Costituzione europea bocciato da due referendum⁴¹.

11. Pretese pericolose.

Ma occorre prestare attenzione a quanto si ottiene sistematicamente dalle corti di giustizia. Non è loro compito la gestione di un fenomeno, bensì l'applicazione di norme per la censura di fatti e la misurata promozione di diritti. Tantomeno è loro compito supplire alla legge, fare politica, dialogare con le paure sociali, abbattere muri. La scienza del diritto, in uno Stato democratico, è tale solo se garantisce diritti e libertà. Come tale si contrappone per natura e fattura a ogni tirannia, anche a quella della democrazia infiacchita da grandi coalizioni che diventano regola per mancanza di alternative; mentre su tutto aleggia una *post veritè*: eufemismo inquietante per descrivere menzogne,

³⁹ S. CASSESE, *Dentro la corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti: la Corte costituzionale e la politica*, G. Einaudi, 2005.

⁴⁰ CoEDU 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*. Sulla vicenda giudiziale, *ex multis*, S. BERNARDI, I «fratelli minori» di Bruno Contrada davanti alla Corte di cassazione, in «DPC Fasc» 2 (2017), p. 22; A. BIGIARINI, *Il caso Contrada e l'esecuzione delle sentenze della CEDU. Il punto di vista del processualista*, in «DPP» 2 (2018); M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in «RIDPP» (2016); F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la cassazione chiude il caso contrada*, in «DPC» (26 settembre 2017).

⁴¹ Il riferimento è all'art. 83 TFUE. Sul punto, A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Ares, 2012, p. 16 ss.

bufale, falsità alimentate dalla mancanza di carisma degli uomini che rappresentano le istituzioni⁴². Con queste premesse, la democrazia può diventare una *democrazia*; sincretismo usato per rappresentare quel che succede a una democrazia quando, pur passando per una consultazione elettorale, arriva a negare i diritti inviolabili della persona per ignoranza, indifferenza, paura, rabbia, autoaffermazione: affidandosi al leader del momento, all'uomo della provvidenza; all'uomo dei *Muri* o di qualcos'altro che individui un nemico e, strada facendo, cambi istituzioni scomode.

Massarenti ha recensito la prima edizione italiana di un best seller del passato. L'autore – non il recensore – aveva qualche problema con la democrazia e, descrivendo sé stesso nella cella veramente comoda di una prigione bavarese, sosteneva che «la dote di ogni grande capopopolo si misura innanzitutto nella capacità di non disperdere l'attenzione di un popolo, ma di concentrarla sempre su un unico nemico» (A. Hitler, Mein Kampf, 1925). Ebbe successo, ma si può fare di meglio. Se non si crede alla storia, si creda al presente.

III. Diritto, Rivoluzione, Costituzione.

Si continua a scrivere di muri che dividono, di muri che proteggono, del diritto che inneggia ideali e limita il fare dei governi. Di qua e di là dei muri. Così è per il Muro messicano di Trump, che individua un nemico e cancella il mito della frontiera da superare. Così è stato per il Vallo di Adriano, che fu passo indietro di un potere consapevole della sua forza e del suo costo. Così sarà per la Germania, divisa da un Muro costruito sulle macerie della Guerra mondiale. Ne parlerò in due tappe, e con qualche preoccupazione, per il coinvolgimento che confonde il ricordo riportandomi a scrivere in prima persona: il raglio dello studioso che si prende troppo sul serio e spaccia per analisi la sua psicoanalisi.

1. È il 1989.

Una borsa *Erasmus* mi ha portato in Germania, a Monaco di Baviera. Il compito ufficiale è scrivere la tesi di laurea; quello ufficioso, imparare una lingua e scoprire la radice materna. Ho nove mesi di tempo: una gestazione

⁴² C. PERINI, *Fake news e post-verità. Tra diritto penale e politica criminale*, in «DPC» (20 dicembre 2017); C. SALMON, *Populismo e post-verità*; A. BONDI, *Questioni di metodo. Per una politica non abbandonata a sé stessa. O a un tweet*, in «IP» 2019, p. 17 ss.

impegnativa. Corso intensivo di tedesco al mattino, per affrontare lo studio del diritto là preso sul serio; lavoro il pomeriggio, per integrare una borsa di studio molto povera in una città molto ricca. Con l'incoscienza temperata dall'abitudine, la notte è dedicata all'applicazione delle competenze acquisite: dall'improbabile dialogo in tedesco con la prediletta, e la nonna bavarese, alla lettura di manuali giornali fumetti. Anche in Germania, la chiamano *full immersion*.

2. Cosa stava succedendo?

I motivi per dubitare dei miei progressi con la lingua tedesca erano molti. Non riuscivo a capire veramente cosa stesse succedendo. I tempi della narrazione – oggi piace dire così – erano accelerati. Il film non teneva il passo con la cronaca. Cercavo una traduzione nelle immagini dei telegiornali, dove si vedevano frotte di persone accampate di fronte alle ambasciate della *Repubblica Federale Tedesca* a Budapest e a Praga, mentre la Germania orientale era invasa da manifestazioni dei suoi cittadini, con una sola voce impegnati a scandire una frase che, per la sua semplicità grammaticale, si sarebbe potuta trovare nella prima lezione di un corso di tedesco: *Wir sind das Volk! Wir sind ein Volk* (*Noi siamo il popolo! Noi siamo un popolo!*)⁴³. A furia di sentire questa frase, il primo Muro che cade è quello delle mie nozioni. Sapevo di una Germania divisa in due per volontà degli alleati, e di una Berlino divisa in due per necessità di questa divisione. Su tutti campeggiavano i timori di Mitterrand, della Thatcher, e pure di Andreotti, quando sostenevano di amare tanto la Germania da volerne due⁴⁴. Ma con la Germania sbagliavano tutti.

3. *Nomen Omen*.

Il giurista che sbocconcella dalla storia per assillare la politica poteva forse trovare qualche indicazione in più, almeno rispetto alla politica impegnata con gli aforismi della storia. Il giurista poteva infatti leggere con altra consapevolezza quel che i costituenti tedeschi, nel 1949, decisero di scrivere nella loro *Grundgesetz* (Legge Fondamentale)⁴⁵.

⁴³ WIKIPEDIA, *Wir sind ein Volk* (consultato: 30 agosto 2017).

⁴⁴ S. ROMANO, *Germania unita. Quel no di Thatcher e Mitterrand*, in «Corriere della Sera» (11 settembre 2009).

⁴⁵ Cfr F. MODUGNO, *Costituzione I*, vol. X, EGT; C. GHISALBERTI, *Costituzione (premessa*

Già la scelta del termine è significativa. Anziché parlare di Costituzione, termine che deriva dalla medicina richiamando un corpo, una struttura, uno *status*; anziché ricordarsi della *Constitutio* che, nel diritto romano, indica la fonte superiore espressa da un atto normativo imperiale; i tedeschi preferirono definire le norme fondamentali del loro ordinamento per quel che erano: norme fondamentali, *Grundgesetz*. La *Grundgesetz* esalta l'aspetto giuridico della legittimazione e quello politico della provvisorietà di una funzione, definendo la regola su cui fondare altre regole, principio di un qualcosa in divenire. Ed è proprio un principio, nel senso di un inizio del percorso politico di uno Stato, quanto venne chiaramente espresso dalla *Grundgesetz* tedesca.

Costretti dalle potenze vincitrici della Seconda guerra mondiale alle schizofrenie della guerra fredda; costretti a diventare Stato diviso tra Oriente e Occidente con replica nella città simbolo di Berlino, i costituenti tedesco-occidentali di una Costituzione che non si sarebbe chiamata Costituzione dichiararono subito quale sarebbe stata la fine del percorso politico gestito dalla *Legge fondamentale* che andavano scrivendo: la *riunificazione* con i territori orientali diventati *Repubblica Democratica Tedesca*. Non solo lo scrissero nel *Preambolo*, ma vincolarono la possibile validità della stessa *Grundgesetz* a questo risultato e, per non far dubitare degli intendimenti, decisero che, fino alla riunificazione, la capitale non sarebbe stata la Berlino divisa in due e, nemmeno, la favorita città di Francoforte.

4. Legge fondamentale o Costituzione?

La scelta della capitale cadde su Bonn, piccola e decentrata città natia di Ludwig van Beethoven. E fu una scelta – si disse – incoraggiata da un migliaio di marchi a deputati bavaresi. Un incoraggiamento che, in Italia avremmo chiamato *voto di scambio* e che, in Germania, aveva avuto come precedente l'annessione della Baviera all'impero di Prussia facilitata dalle ricche provvigioni offerte dal cancelliere prussiano Bismark per le costruzioni dei quattro castelli del re di Baviera: Ludwig II⁴⁶. La stessa Baviera

storica), vol. XI, ED, 1962, p. 13; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, *idem*, p. 139; H. MONHAUPT, D. GRIMM, M. ASCHERI, S. ROSSI (a cura di), *Costituzione. Storia di un concetto dall'antichità a oggi*, Carocci, 2008.

⁴⁶ A. BONDI, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, 2^a, Giappichelli, 2007, p. 102 ss.

che, 78 anni dopo, votò contro il testo della *Grundgesetz* perché non abbastanza federale, pur accettandone la vincolatività, una volta che 2/3 degli Stati federali tedeschi l'avessero ratificata.

Vicende bavaresi a parte, la politica lontana dai tweet non è solo gestione del presente, ma scelte d'interessi che verranno giudicati dagli elettori e dalla storia. Una politica siffatta è progetto che vive col diritto e nei limiti del diritto. Diritto che individua, limita, protegge ideali e programmi anche scegliendo la parola *Grundgesetz* per ricordare, si è scritto, la funzione e sancire la provvisorietà di quel complesso di norme cui i costituenti tedeschi stavano affidando il compito di regolare la rinascita dello Stato.

5. Riunificazione o annessione?

La costruzione e l'abbattimento del *Muro* di Berlino fu accompagnata da due bugie. La prima bugia, nefasta, fu il diniego del Presidente del consiglio di Stato della DDR, Walter Ulbricht, di voler costruire un *Muro* per dividere le due Germanie. La seconda bugia, fastida, fu pronunciata da un autorevole quanto confuso membro del Politbüro della DDR, Günter Schabowski, che in conferenza stampa dichiarò l'effetto immediato di quanto si era deciso con altra tempistica: la libera circolazione tra le due Germanie⁴⁷.

Provocando molte perplessità, politiche e giuridiche, quando la Germania fu riunita, la *Grundgesetz* non venne ridiscussa. Fu una scelta pratica, favorita dall'indubbia qualità e dalle tante, avvedute, modifiche che l'avevano attualizzata. La riunificazione non ebbe però un momento costituzionale o un referendum popolare a sancirne il risultato, ma un'elezione nazionale in cui i partiti che proponevano soluzioni diverse dall'annessione vennero sconfitti dalla CDU-CSU del cancelliere Kohl⁴⁸. La Germania occidentale poté così annettersi quella orientale incorporandone i territori ridefiniti in 6 nuovi *Länder*, secondo il meccanismo previsto dall'art. 23 della stessa *Grundgesetz*. Con questa *annessione*, che la vulgata continuerà a chiamare *riunificazione*, la *Grundgesetz* acquista una stabilità costituente sebbene, anche dopo le ultime modifiche, la sua validità rimanga vincolata al momento

⁴⁷ WIKIPEDIA vers. tedesca https://de.wikipedia.org/wiki/Berliner_Mauer (consultato: 30 dicembre 2019).

⁴⁸ Cfr. H. VORLÄNDER, *Warum Deutschlands Verfassung Grundgesetz heißt*, <http://www.bpb.de/geschichte/> (consultato: 1° luglio 2017).

in cui «*il popolo tedesco, con libera scelta, non promulgherà una Costituzione*» (art. 146 *Grundgesetz*)⁴⁹.

6. La Costituzione presa sul serio.

Fino a ieri si è parlato di Costituzione, anche in Italia. Forse si era più interessati alla legge elettorale, ma si è parlato di Costituzione. L'esempio tedesco, con le sue peculiarità a partire dal nome, esalta per differenza gli aspetti comuni. Come si visto, nulla è lasciato al caso, nemmeno la scelta del nome che dovrà designare il complesso di regole. La Costituzione è principio di legittimità e di validità di norme. È regola per la forma dello Stato, della legislazione, del governo, della giurisdizione. È un fatto storico oltre che giuridico. Non sempre scritta, rigida o elastica, quando deliberata da un'assemblea di rappresentanti della società, diventa un atto di consapevolezza della stessa società. La Costituzione vive il quotidiano di uno Stato e il suo essere è plasmato sulla sua funzione. Perciò è limite della legge al potere; ed è limite alla stessa legge – che pur rappresenta la sovranità popolare – se la legge lede diritti fondamentali. In breve, la Costituzione è un gesto sociale e normativo che si prende sul serio. È il biglietto da visita di uno Stato. In Italia lo si è dimenticato nell'urlo del referendum e nel silenzio di quel che è avvenuto in seguito⁵⁰.

7. La dignità dell'uomo.

Il popolo tedesco, deformato da una dittatura, si assunse senza troppe infingimenti la responsabilità politica della sua storia. Il diritto tedesco, sconfitto dall'incapacità di essere argine alla dittatura nazionalsocialista, ripensò i propri limiti: compreso il dovere di ubbidire a una norma quando manifestamente criminale. Ma il tedesco non rinunciò all'idea della sua uni-

⁴⁹ Cfr. WIKIPEDIA vers. tedesca, *Grundgesetz für die Bundesrepublik* (consultato: 18 marzo 2017); WIKIPEDIA vers. tedesca, *Artikel 23 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (1949)* (consultato: 1° luglio 2017); *Germania nell'Enciclopedia Treccani*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/germania> (consultato: 2 marzo 2020); *20th-century international relations - The reunification of Germany*, *Encyclopedia Britannica*, in <https://www.britannica.com/topic/20th-century-international-relations-2085155> (consultato: 2 marzo 2020).

⁵⁰ A. BONDI, *Questioni di metodo. Per una politica non abbandonata a sé stessa. O a un tweet.*, in «IP» (2019), p. 15-41.

tà statutale, rafforzando il senso della Comunità con i diritti che danno un senso e una forma alla persona intesa come individuo e come essere sociale. Non è un caso se al primo articolo della *Grundgesetz* si lasciò il compito di proclamare l'intangibilità della *dignità dell'uomo*: quella dignità che i regimi nazisti, fascisti, bolscevichi, maoisti *et similia* avevano annichilito⁵¹.

L'incursione in Germania non è finita. Durante la sua divisione territoriale e politica avvenne qualcosa cui il diritto non rimase indifferente. Abbattuto il Muro di Berlino, i tribunali della Germania unita cominciarono a parlare e il mondo delle norme inseguì i fatti riportando indietro le lancette della storia.

IV. Diritto, tempo, legge.

«Era una beatitudine in quell'alba essere vivi, ma essere giovani era un paradiso», così scrive Wordsworth della Rivoluzione francese⁵². Avrebbe potuto scriverlo anche della caduta del Muro di Berlino, con una precisazione sul concetto di gioventù. Nella memoria collettiva, che crea una grammatica con cui si legge la storia e si valuta la politica, è forte l'immagine di picconi e mani che sbranavano un pezzo del Muro, mentre le rughe si confondevano nei visi glabri di chi, credendo nei sogni, rivendicava il presente: l'unico vero tratto della gioventù.

1. Ricorrenze.

Si riprende da dove si era lasciato. La prima tappa è partita dalla fine e si è soffermata sulla *Costituzione senza Costituzione* della Germania riunita. La seconda tappa parte dall'inizio, seguendo un numero ricorrente, quando il 13 giugno del 1990, 13 bulldozer iniziarono ufficialmente ad abbattere il Muro di Berlino laddove era nato: il 13 agosto del 1961.

2. Guerra fredda.

Dopo il blocco di Berlino ovest da parte dei sovietici; dopo l'imponente ponte aereo organizzato dagli alleati occidentali per rifornire di viveri i set-

⁵¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012.

⁵² E. LUCE, *Il tramonto del liberalismo occidentale*, Einaudi, 2017 estratto in «Repubblica» (11 giugno 2017).

tori di Berlino da loro controllati nel 1948; dopo la chiusura delle frontiere tra la Germania dell'ovest (BRD) e quella dell'est (DDR) nel 1952; dopo che 2,5 milioni di tedeschi dell'est erano passati nell'ovest, dal 1949 al 1961, e solo 5 mila dal 1962 al 1989; dopo che, inserito nei 1.378 chilometri di confine tra le due Germanie, quattro generazioni di *Muro* e una 'striscia della morte' per «105,5 km di fossato anticarro, 302 torri di guardia con cecchini armati, 20 bunker e una strada illuminata per il pattugliamento lunga 177 km»⁵³ avevano isolato la Berlino occidentale dal 1975: dopo tutto, tutto ricominciava nella Germania riunificata del 1990. Partendo dal numero incerto di cittadini dell'est uccisi mentre cercavano di raggiungere l'Occidente (tra i 136 e 245).

Un'ultima annotazione. Il *Muro*, costruito senza fondamenta, si sostiene sul suo stesso peso e fu realizzato grazie a materiali edili riciclati insieme a quelli previsti per la costruzione di 20.000 alloggi popolari: una metafora e una beffa insieme.

3. Alle porte della giustizia.

La scienza del diritto non dovrebbe essere confusa con la morale. Entrambe legittime, a volte coincidenti, ma pur sempre diverse. La distinzione ha dato forza alla norma in nome dell'uguaglianza e dello Stato di diritto. Così il diritto comanda e l'uomo deve ubbidire per dare un senso alla funzione sociale del diritto, ma solo finché non è manifestamente criminale il comando della norma. In fondo, si sta scrivendo di un *Muro* per scrivere di norme e di giustizia.

4. Stato di diritto.

Nessuno Stato si è affidato tanto al diritto quanto la Germania per giudicare il regime comunista: 86.000 inchieste giudiziarie con 100.000 persone coinvolte, di cui 3.000 per violazioni del confine tra le due Germanie⁵⁴. Dal 1991 al 2004, meno del 2% di queste indagini (1% su denuncia delle vittime), hanno dato corso a processi in 5 diversi tribunali. Dei 200 processi, 110 si sono conclusi con la sospensione condizionale della pena e, 40, con

⁵³ Cfr. WIKIPEDIA, voce '*Muro di Berlino*' vers. italiana e tedesca (consultato: 29 maggio 2017).

⁵⁴ V. SCHÖNEBURG, *Der verlorene Charme des Rechtsstaates*, Welttrends, 2002, p. 34; 97.

condanne superiori ai 3 anni di pena⁵⁵. Ma qual era il fondamento giuridico di processi che giudicavano fatti antecedenti alla Riunificazione tedesca e disciplinati da norme di uno Stato ormai scomparso?

5. Due ordinamenti in uno.

Il Trattato di unificazione delle due Germanie prevedeva che un procedimento penale dovesse riguardare fatti valutati secondo la legge vigente al momento della loro commissione⁵⁶: nulla di più che applicazione del principio di irretroattività previsto dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* (art. 7), dal *Patto internazionale dei diritti civili e politici* (art. 15) e dalla stessa *Legge fondamentale tedesca* (art. 103/2).

Il diritto vigente al momento dei fatti in questione era, in via principale, quello della DDR. Oltrepassare la frontiera senza autorizzazione era reato secondo il § 213 DDR StGB, mentre il § 27 del GrenzG del 25 marzo 1982 – a certe condizioni – giustificava a tal fine l'uso delle armi. Com'era allora possibile che la Germania riunificata punisse poi quel che la legge della DDR allora comandava?

6. Giurisprudenza delle Corti federali.

La Corte di Cassazione federale, di fronte all'obiezione di applicare retroattivamente la norma penale della Germania riunificata, sottolineò come già la DDR si fosse impegnata con norme di diritto internazionale a rispettare i diritti dell'uomo e a garantire la possibilità di viaggiare all'estero (art. 12 Costituzione DDR)⁵⁷. La Corte costituzionale federale, fin dal 1966, aveva inoltre ammesso la possibilità di giudicare i membri del consiglio nazionale di difesa della DDR, secondo considerazioni di diritto naturale cui si poteva ricollegare, nei confronti dei subordinati, il dovere di disubbidire a una norma manifestamente criminale⁵⁸. In pratica, dando accesso anche nei

⁵⁵ WIKIPEDIA, voce *Mauerschützenprozesse* vers. tedesca (consultato: 29 maggio 2017).

⁵⁶ *Trattato tra la Repubblica Federale Tedesca e la Repubblica Democratica Tedesca per la realizzazione dell'unità della Germania (Trattato di unificazione)* 31/08/1990 Allegato I cap. III C II art. 1. b.

⁵⁷ Cfr. BGHSt 39, 1; BGHSt 41, 101; BGHSt 45, 270.

⁵⁸ BVerfGE 95, 96. Per art. 7/1 CEDU per CoEDU 22/03/2001 Streletz, Kessler, Krenz/Germania. Cfr. U. WESEL, *Das Urteil gegen Egon Krenz und andere ähnelt verblüffend der Rechtsprechung durch die DDR-Justiz*, Tagesspiegel (10 novembre 1999); R.A. MILLER, *Der*

confronti del potere espresso dalla DDR alla c.d. *formula di Radbruch*, così chiamata dal nome del ministro della giustizia che cercò una base giuridica per la disubbidienza dei giudici «nei confronti dell'inaccettabile violazione del diritto sovra-legale da parte della legislazione nazionalsocialista»⁵⁹.

7. Scomparsa della irretroattività.

Ma le argomentazioni giuridiche possono essere lette anche in altro modo. Già con la gestione della prescrizione aveva fatto capolino nell'ordinamento tedesco la retroattività di norme contro il *favor libertatis*, preferendo la qualifica processuale di una norma all'insostenibile imbarazzo di gerarchi nazisti di ritorno in Germania grazie alla prescrizione dei reati loro contestabili⁶⁰.

E con procedere e risultati assai simili si è gestita la questione processuale del *Muro di Berlino*. Le argomentazioni processuali avrebbero camuffato, in sostanza, l'effetto retroattivo di norme per fondare la responsabilità penale nei confronti delle guardie di frontiera che avevano sparato ai fuggitivi e dei politici che avevano imposto le norme contestate.

La tutela dei diritti individuali, infatti, era: a) nella DDR subordinata alle esigenze dello Stato; b) con la ratifica della CEDU, la BRD non aveva in realtà accettato nessuna forma di limitazione al principio d'irretroattività; c) il riferimento ai «*principi generali del diritto*» dell'art. 7/2 CEDU era utilizzato per fondare una responsabilità penale, anche in assenza di una nor-

Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verbrechen der Staatsführung der DDR, Kritische Justiz, 34/3, 2001, p. 255; S.F. KELLERHOFF, *Der erste Mauerschützprozess fand 1963 an*, Welt 24 (11 ottobre 2013).

⁵⁹ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*, SJZ, 1946, p. 105; C. SAFFERLING et al. (Edd.), *Die Radbruchsche Formel*, in *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, 2017, p. 371-376; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001.

⁶⁰ Prima con la legge 13 aprile 1965, escludendo dal calcolo della prescrizione il periodo dal 08 maggio 1945 al 31 dicembre 1949 per i reati puniti con l'ergastolo; poi portando la prescrizione da 20 a 30 anni e, infine, eliminando la prescrizione per assassinio e genocidio (§§ 211 e 220a cfr. §78/2 StGB); conf. BVerfG 25, 95; C. ROXIN, *Strafrecht I*, AT, 4^a, C. H. Beck, 2007, p. 168 ntt. 106-107. *Contra* G. JAKOBS, *Strafrecht*, 2^a, Walter de Gruyter, 1991, p. 67, sottolineando – a ragione – l'effetto retroattivo, indipendentemente dal suo essere o meno possibile oggetto di un calcolo da parte dell'autore del reato; calcolo in realtà possibile, almeno nel suo massimo, anche in presenza d'interruzione della prescrizione (cfr. § 78 c/2 n. 2 StGB e artt. 160/3, 161/2 Cod. pen. italiano).

ma scritta anteriore ai fatti imputati, ma era applicato ai crimini di diritto penale internazionale (*aggressione militare, crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio*), fatti diversi da quelli contestati alla DDR; d) nemmeno la BRD aveva definito nella sua Legge fondamentale uno speciale diritto a emigrare, proprio per gli stessi problemi che avevano costretto la DDR a vietare espressamente questo diritto; e) in tal senso, uno studio del 1995 rivelava che negli anni '70 e '80 erano usuali, in 22 Stati, limiti a espatriare fondati su ragioni di ordine pubblico, sanità, buon costume⁶¹.

8. Azioni e reazioni.

Il diritto penale è l'ultima risorsa della politica. Altri Paesi hanno cercato vie diverse, sia per la definizione della responsabilità collettiva sia per quella individuale (ad. es. in Sud Africa e Sud America)⁶². L'impressione è che in Germania il diritto sia stato piegato a superiori esigenze di politica e di giustizia, anche in risposta all'imperituro dramma del regime nazista. Si è condannato un sistema identificato col male, in nome di principi violati con la stessa condanna. Un procedere che rischia di giustificare l'ingiustificabile: la perversione di un regime che ha ordinato di sparare contro i propri cittadini rei di cercare un futuro migliore. S'intende, il tentativo di rispondere con gli strumenti dello Stato di diritto alle violazioni dei diritti dell'uomo rimane encomiabile, se non ha alternative di pari o migliore efficacia; ma per quanto encomiabile anche questo tentativo deve pagare un prezzo: il rispetto delle garanzie che fondano il diritto stesso.

9. Responsabilità e garanzie.

La responsabilità di chi ha promosso o promulgato le norme della DDR – a partire da capi di Stato, ministri, membri del *Politbüro* – sull'espatrio senza autorizzazione e sull'uso della forza nei confronti dei fuggitivi, definisce in fondo una sorta di responsabilità concorsuale a carico dei "legislatori" con cui contestare l'immunità funzionale per il voto dato e l'auto-amni-

⁶¹ V. SCHÖNEBURG, *Der verlorene Charme des Rechtsstaates*, in *Welttrends* 34, 2002, p. 102.

⁶² G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, 2013; E. MACULAN, *Giustizia penale e memoria in contesti di transizione. Il caso della Colombia*, in «DPC-TR» 4 (2018), p. 240-254.

stia di fatto creata a loro favore⁶³. Altro discorso va fatto per chi ha ubbidito agli ordini. Quel che si chiede ai cittadini è un dovere alla disubbidienza quand'è manifestamente criminale l'ordine: situazione difficile da individuare, oltre che difficile d'attuare. Non a caso si è proposto di applicare, dopo valutazione del caso concreto, la norma sulla scusabilità dell'ignoranza inevitabile della norma penale, in questo caso, del dovere di disubbidienza alla norma *manifestamente ingiusta* (cfr. § 17 StGB)⁶⁴.

La Storia si ripete – e non potrebbe essere altrimenti – quando uno Stato fonda la sua esistenza su un diritto oggettivo, predefinito e determinato, in base a regole di convivenza che mettono al centro tutele e garanzie della persona. La gestione politica è giocoforza difficile; l'approvazione sociale, mutevole; l'affanno istituzionale, evidente. È la grande sfida della democrazia che non si è ancora trasformata in un luogo diviso dalla paura. Diviso da un muro.

⁶³ Cfr. J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht*, A.T., 46^a, 2017, p. 293; 419 s.; K. AMBOS, *Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer*, in JA, 12, 1997, p. 983.

⁶⁴ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A.T. I, 4^a, 2007, p. 957.

ROBERT BRAY

*INTERINSTITUTIONAL AGREEMENTS – A DISCUSSION*¹

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. What are interinstitutional agreements? – 3. Hierarchy of norms. – 4. The principle of institutional balance. – 5. The *méthode communautaire*. – 6. Constitutional conventions. – 7. The new Interinstitutional Agreement on Better Law-Making. – 8. Conclusion.

1. Introduction.

The aim of this article is to attempt to categorise interinstitutional agreements legally and in terms of the role they play in the constitutional system of the European Union. It seeks to argue that whereas IIAs might be regarded as a species of constitutional convention, they play in reality a necessary role in ensuring the principle of institutional balance provided for in Articles 4 and 5 of the Treaty on European Union (TEU), which the Court of Justice suggests plays the role in the EU system played by the separation of powers nationally, and in securing the *méthode communautaire*. In short, the argument is that institutional agreements are the necessary corollary of the principle of institutional balance and the *méthode communautaire*.

The latest Interinstitutional Agreement on Better Law-making will be prayed in aid in support of this argument.

2. What are interinstitutional agreements²?

As long ago as 1964, the Council and the European Parliament reached an unpublished agreement at the initiative of the Dutch foreign minister, Joseph Luns, then president-in-office of the Council, in order to allow Par-

¹ This article is based on a discussion paper presented by the author at LUISS Guido Carli University on 28 November 2017.

² See K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, London 2011, section 22-107 et seq.

liament to discuss any proposed association agreement before negotiations started, be kept informed of detailed progress in those negotiations, and be briefed on their outcome, before the final agreement was signed³. Whilst these first agreements sometimes took the form of a mere exchange of letters between the institutions concerned, subsequently, they tend to have been published officially. There were also specific Treaty provisions which allowed institutions to determine their relations by “common accord”. Interinstitutional agreements emerged from an institutional practice which was subsequently enshrined in the founding treaties of the EU with the entry into force of the Treaty of Lisbon. Now Article 295 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU)⁴ recognises that interinstitutional agreements may be concluded and that they may also be binding.

Whether or not such an agreement is binding depends on the intentions of the parties⁵. It should be noted that interinstitutional agreements may take on different names – declaration, *modus vivendi*, code of conduct or, simply, agreement – which may indicate whether or not they are intended to be binding. In addition, the legal force of an agreement may be derived from its content. Accordingly, if the content of an interinstitutional agreement is purely political it will probably not be binding. But other agreements do appear to lay down binding rules of conduct⁶. Moreover, an interinstitutional agreement can be binding in so far as it is an expression of the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4(3) TEU⁷. On

³ The “Luns procedure” was extended in 1973 by the “Westerterp procedure”, to trade agreements, where (unlike association agreements) the European Parliament had no right of formal consultation. There is now the Interinstitutional Agreement of 20 November 2002 concerning access by the European Parliament to sensitive information of the Council in the field of security and defence policy, OJ C 298, 30.11.2002, p. 1.

⁴ “*The European Parliament, the Council and the Commission shall consult each other and by common agreement make arrangements for their cooperation. To that end, they may, in compliance with the Treaties, conclude interinstitutional agreements which may be of a binding nature*”.

⁵ The Interinstitutional Agreement of 22 December 1998 on common guidelines for the quality of drafting of Community legislation, OJ C 73, 17.3.1999, p. 1, expressly provides that the guidelines set out therein “*are not legally binding*”.

⁶ Point 2 of the Interinstitutional Agreement of 2 December 2013 between the European Parliament, the Council and the Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, OJ C 373, 20.12.2013, p. 1 states that “*The Agreement is binding on all the institutions for as long as it is in force*”.

⁷ 3. Pursuant to the principle of sincere cooperation, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties.

that basis, the Court of Justice has recognised the binding nature of arrangements concluded between the Commission and the Council to decide on the participation of the Union and the Member States in international organisations where, the subject-matter of an agreement or convention falls partly within the competence of the Community and partly within that of its Member States and it is essential to ensure close cooperation between the Member States and the Community institutions, both in the process of negotiation and conclusion and in the fulfilment of the commitments entered into. That obligation to cooperate flows from the requirement of unity in the international representation of the Community⁸.

The institutions tend to use interinstitutional agreements to simplify the implementation of procedures laid down in the Treaties, without actually amending those procedures or altering the balance as between the institutions⁹. Such agreements were initially designed mainly to improve Parliament's access to information and to increase its participation in decision-making¹⁰. In the meantime, agreements have been reached on other matters, institutional and otherwise¹¹.

The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union.

The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives. See also Article 13(2) TEU: Each institution shall act within the limits of the powers conferred on it in the Treaties, and in conformity with the procedures, conditions and objectives set out in them. The institutions shall practice mutual sincere cooperation.

⁸ *Commission v Council*, C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114, paras 48-49.

⁹ See also Declaration (No 3), annexed to the Nice Treaty, discussed *infra*.

¹⁰ In the past, the following in particular were concluded between the European Parliament, the Council and the Commission: Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the Commission concerning the institution of a conciliation procedure between the European Parliament and the Council, OJ C 89 of 22.4.1975, p. 1; the Joint Declaration of 30 June 1982 and the Interinstitutional Agreements of 29 June 1988, 29 October 1993, 6 May 1999 and 7 November 2002 on budgetary procedure (no longer in force); the Joint Declaration on the implementation of the new co-decision procedure (replaced), the Joint Declaration on the Socrates decision of 4 March 1995 (no longer in force) and the Interinstitutional Agreement of 16 July 1997 on the financing of the CFSP (no longer in force). Between the European Parliament and the Commission codes of conduct were concluded in 1990 and on 15 March 1995 and a framework agreement on relations between the European Parliament and the Commission on 26 May 2005.

¹¹ See, for example, the Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the Commission of 5 April 1977 on fundamental rights, the Joint Declaration against racism

Following the agreement concluded between the Commission and the European Parliament on 5 July 2000¹², a declaration (No 3), was annexed to the Nice Treaty, on Article 10 of the Treaty establishing the European Community, stating that interinstitutional agreements “*may be concluded only with the agreement of these three institutions* [Parliament, Council and Commission]”. That declaration went on to state that “[s]uch agreements may not amend or supplement the provisions of the Treaty”. According to that declaration, such an agreement should not be possible in the future, since it stated that agreements “*may be concluded only with the agreement of these three institutions*”. Nevertheless, the interinstitutional agreement of 5 July 2000 was revised in 2005¹³. Thereupon the Council entered a statement in its minutes and published it in the C series of the Official Journal¹⁴ stressing that “*the undertakings entered into by these institutions cannot be enforced against it in any circumstances. It reserves its rights and in particular the right to take any measure appropriate should the application of the provisions of the framework agreement impinge upon the Treaties’ allocation of powers to the institutions or upon the institutional equilibrium that they create*”¹⁵.

3. Hierarchy of norms.

In order to be able to talk about this subject in a lawyerly way, it is useful to start by discussing the hierarchy of norms, that is to say, the ranking

and xenophobia of the European Parliament, the Council, the representatives of the Member States, meeting in the Council, and the Commission of 11 June 1986, the Interinstitutional Declaration of 25 October 1993 on democracy, transparency and subsidiarity, the Interinstitutional Agreement of 20 December 1994 on the codification of legislation, the Interinstitutional Agreement of 28 November 2001 on a more structured use of the recasting technique for legal acts, the Interinstitutional Agreement of 22 December 1998 on common guidelines for the quality of drafting of Community legislation, the Interinstitutional Agreement of 25 May 1999 concerning internal investigations by the European Anti-fraud Office (OLAF), the Interinstitutional Agreement of 28 February 2002 on the financing of the Convention on the future of the European Union and the Interinstitutional Agreement of 16 December 2003 on better law-making. As between the Commission and the Council, see, for example, the Code of Conduct of 6 December 1993 on public access to documents.

¹² Framework Agreement on relations between the European Parliament and the Commission, OJ C 121 of 24 April 2001, p. 122.

¹³ Framework Agreement on relations between the European Parliament and the Commission, OJ C 117E of 18 May 2006, which was followed by a further framework agreement in 2010, OJ L 304 of 20 November 2010, p. 47.

¹⁴ OJ C 161 of 1 July 2005, p. 1.

¹⁵ Emphasis supplied.

order of legal rules in the legal order of the EU. Neither the primacy of Union law¹⁶ nor the relationship between its sources is expressly laid down in the Treaties¹⁷. Nevertheless, the authors of the Treaties always assumed the existence of a hierarchy of norms, which is borne out by the powers of judicial review conferred on the Court of Justice.

At the top of the pyramid, there is primary EU law, that is to say the provisions of the Treaties themselves, together with fundamental rights and the general principles of law (which may include principles enshrined in customary international law or in international agreements), which are used to assist in interpreting and applying the provisions of the Treaty and other rules of EU law.

The next tier is secondary or derived Union law, with legislative acts adopted by the institutions taking precedence over delegated acts and implementing acts (see Articles 290 and 291 TFEU).

As for interinstitutional agreements, they are obviously contractual in nature and, even before the Lisbon Treaty, they always could be binding on the institutions concerned by virtue of the principle that an authority is

¹⁶ See *Costa v ENEL*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66: “the integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty” means that it is “impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity”; “the precedence of Community law is confirmed by Article 189 [now Article 288 TFEU], whereby a regulation ‘shall be binding’ and ‘directly applicable in the Member States’”.

¹⁷ However, Declaration 17 concerning primacy annexed to the Treaty of Lisbon states as follows: “The Conference recalls that, in accordance with well settled case law of the Court of Justice of the European Union, the Treaties and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States, under the conditions laid down by the said case law. The Conference has also decided to attach as an Annex to this Final Act the Opinion of the Council Legal Service on the primacy of EC law as set out in 11197/07 (JUR 260): Opinion of the Council Legal Service of 22 June 2007.

It results from the case law of the Court of Justice that primacy of EC law is a cornerstone principle of Community law. According to the Court, this principle is inherent to the specific nature of the European Community. At the time of the first judgment of this established case law (*Costa/ENEL*, 15 July 1964, Case 6/641 [1] there was no mention of primacy in the treaty. It is still the case today. The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice.

[1] It follows (...) that the law stemming from the treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called into question”.

bound by rules which it has itself adopted (*patere legem quam ipse fecisti*). It is difficult to see how they could have legal effects that third parties could enforce. Indeed, in *Stauner v. Commission*¹⁸ the Court of Justice held that a framework agreement on the forwarding of confidential information was limited to governing relations between the Commission and the Parliament and did not alter the legal position of Members of the Parliament acting individually.

4. The principle of institutional balance.

The principle of institutional balance is both a constitutional principle that must be respected by the institutions and the Member States and a means of describing the way in which the relationship between the institutions is organised¹⁹. It reflects Article 13(2) TUE, according to which, “Each institution shall act within the limits of the powers conferred on it in the Treaties, and in conformity with the procedures, conditions and objectives set out in them. The institutions shall practice mutual sincere cooperation.”

This means that one institution may not extend its powers unilaterally to the detriment of another, which explains why Declaration No 3 was added by the Intergovernmental Conference to the final act of the Nice Treaty as a result of the European Parliament and the Commission making an interinstitutional agreement excluding the Council and the Commission’s reluctance to commit itself in advance to taking up Parliament’s proposals for legislation under Article 225 TFEU as this would detract from its monopoly legislative initiative²⁰.

In *Meroni*’s case²¹ the Court of Justice saw in “*the balance of powers which is characteristic of the institutional structure of the community a fundamental guarantee granted by the Treaty in particular to the undertakings and associations of undertakings to which it applies*”. According to Jacqu  ²² the

¹⁸ *Stauner and Others v. Commission*, T-236/00, ECLI:EU:T:2002:8.

¹⁹ See J.-P. JACQU  , *The Principle of Institutional Balance*, in *Common Market Law Review* 41, 2004, p. 383-394.

²⁰ *The European Parliament may, acting by a majority of its component Members, request the Commission to submit any appropriate proposal on matters on which it considers that a Union act is required for the purpose of implementing the Treaties.*

²¹ *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*, 9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

²² See n. 20.

principle was a substitute for Montesquieu's separation of powers in so far as it enabled a guarantee to be given to undertakings that a modification of the institutional balance would not call into question the decision-making process envisaged by the Treaties. However, in the *Vreugdenhil* case²³, the Court of Justice held that the Union (then the Community) could not be held liable to traders merely because there had been a failure to observe the interinstitutional balance, a measure would have to have been adopted which also, in its substantive provisions, disregarded a superior rule of law protecting individuals.

In contrast, the importance of the principle of interinstitutional balance is reflected in the attention the Court – and the legislative institutions – pay to the choice of the legal basis for legislative acts, since the legal basis determines the procedure for adopting the act in question (the ordinary legislative procedure, consultation, consent, etc.). As Jacqué points out, this was the reason that the Court held that the European Parliament should have the right to bring an action for annulment in defence of its prerogatives, a right now conferred by the Treaty²⁴.

However, the institutional balance is not static, but dynamic, and the European Parliament has often used its rules of procedure to advance its own vision of the extent of its powers. Over the years power has shifted, but the trend has been for the Commission to lose power to the European Parliament, particularly as a result of the tendency to adopt legislation under the ordinary legislative procedure by first- and second-reading agreements between the Council and the Commission.

The emergence of the European Council as an institution post Lisbon has posed problems in the legislative context²⁵ and will doubtless raise further questions in connection with interinstitutional balance.

5. The *méthode communautaire*.

This consists of a number of ingredients. First, the Commission as guardian of the treaties has virtually the exclusive right to initiate legislation. The

²³ *Vreugdenbil BV v Commission*, C-282/90 ECLI:EU:C:1992:124.

²⁴ *Parliament v. Council*, 70/88, ECLI:EU:C:1991:373

²⁵ See Article 15(1) TEU: “*The European Council shall provide the Union with the necessary impetus for its development and shall define the general political directions and priorities thereof. It shall not exercise legislative functions*” [emphasis supplied].

corollary of this is the power to amend and withdraw legislative proposals. Secondly, there is qualified-majority voting in the Council, which co-legislates most of the time with the European Parliament. Third, there is the central position of the democratically elected European Parliament, which now has extensive powers to co-legislate with the Council. Fourth, there is the Court of Justice which ensures the uniform interpretation and application of Union law and respect for the rule of law²⁶. As commentators have pointed out, the Lisbon Treaty may be regarded as constituting a “return” to the Community method while extending it to trade policy, agriculture and fisheries and in the area of freedom, security and justice²⁷. Nevertheless, there still remain differences between the institutions as regards key aspects of the institutional system, especially delegated and implementing acts, access to information, and so on. In so far as interinstitutional agreements are used to fill the gaps in Treaty law and regulate the relations between the three institutions under the principle of institutional balance and on the basis of the principle of sincere cooperation, they are used to clarify how the *méthode communautaire* is to be implemented in the day-to-day life of the institutions.

6. Constitutional conventions.

A. V. Dicey²⁸ was the first to talk of “*conventions, understandings, habits, or practices that – though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, the Ministry, or other officials – are not really laws, since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the ‘conventions of the constitution’, or constitutional morality*”. In countries following the Westminster system, most government functions and indeed the distribution of competences are guided by such informal procedural agreements. The question is to what extent interinstitutional agreements at the level of the European Union could be categorised as “constitutional conventions”.

²⁶ See B. SMILDERS, K. EISELE, *Reflections on the Institutional Balance, the Community Method and the Interplay between jurisdictions after Lisbon*, College of Europe, Research Paper in Law 04/2012.

²⁷ See J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The Lisbon Compromise: A Synthesis between Community Method and Union acquis*, in *Fordham International Law Journal* 31, 2007, p. 1143-1160.

²⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, republished by Oxford University Press 2013.

7. The new Interinstitutional Agreement on Better Law-Making.

In May 2015, the Commission presented a proposal for a new Interinstitutional Agreement on Better Regulation (the IIA) to replace the 2003 Interinstitutional Agreement. Whereas the 2003 agreement had been dealt with by the Legal Affairs Committee, competent for better law-making under the auspices of its chair, Klaus-Heiner Lehne, who was also chair of the Conference of Committee Chairs, the Conference of Presidents (CoP) gave the task of conducting negotiations on the Parliament's behalf to the ALDE Group leader, Guy Verhofstadt, which reflected the delicacy of the negotiations.

The chairs of the Legal Affairs Committee and the Constitutional Affairs Committee attended meetings of the CoP in order to follow the negotiations and report back to their respective committees. The Legal Affairs Committee drew up a non-paper with a view to influencing the negotiations. Following the conclusion of the agreement, the Legal Affairs and Constitutional Affairs Committee held a series of meetings to monitor how the administration was implementing the agreement and a report on the application and interpretation of the IIA was drawn up by co-rapporteurs from the two committees. The new Interinstitutional Agreement on Better Law-Making was signed on 13 April 2016 and entered into force on the same day²⁹. The European Parliament's Rules of Procedure have been revised to reflect the new IIA.

The structure of the IIA roughly follows the phases of the policy cycle. It contains provisions regarding, *inter alia*, common objectives, programming, better law-making tools (impact assessment, stakeholder consultation and ex-post evaluation), legislative instruments, delegated and implementing acts, transparency, implementation and simplification.

The agreement first of all sets out the common commitment of the three institutions to promote simplicity, clarity and consistency in Union legislation as well as utmost transparency in the legislative process. The agreement envisages strengthened cooperation between the three institutions with regard to multiannual and annual programming. The latter is to encompass (early) exchanges of views both before and after the adoption of the

²⁹ Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making, *OJ L 123*, 12 May 2016, p. 1.

Commission Work Programme, as well as interinstitutional consultations on Commission plans to withdraw any legislative proposal. The agreement requires the Commission to provide reasons for such withdrawals and to take due account of the co-legislators' positions when doing so.

The agreement further calls upon the Commission to "*give prompt and detailed consideration*" to requests made by the Parliament and the Council for the Commission to present proposals for legislation on the basis of Articles 225 and 241 TFEU respectively, and to reply to such requests within three months, including giving reasons when it makes no subsequent proposal.

The IIA emphasises the positive contribution of better law-making tools to better quality legislation, including ex-ante impact assessment (IA), stakeholder consultation and ex-post evaluation of legislation. The final agreement explicitly reaffirms that impact assessment is a tool for taking well-informed decisions and not a substitute for political decision-making. Departing from the notion in the Commission's initial IIA proposal that all substantial amendments should be subject to impact assessment, the final text provides that the European Parliament and the Council may carry out impact assessments of their substantial amendments "when they consider this to be appropriate and necessary". One innovation contained in the final text is a commitment on the part of the Commission to carry out impact assessments of delegated and implementing acts with significant potential impacts. The IIA further stresses the important role of stakeholder input in ensuring well-informed decision-making, and calls upon the Commission to encourage direct participation of "end users" of legislation, in particular SMEs.

When proposing legislative instruments, the Commission is to explain and justify, *inter alia*, its choice of the legal basis and the proposal's compliance with the principles of subsidiarity and proportionality. The IIA now also explicitly provides for a trilateral exchange of views in case there is a suggestion of modification of the legal basis, entailing a change from the ordinary legislative procedure to a special legislative procedure or a non-legislative procedure.

The provisions regarding delegated and implementing acts contain a few important novelties. In a move to safeguard the Council's interests, the IIA further commits the Commission to conduct consultations of Member States' experts, as well as public consultations prior to the adoption of delegated acts. The Parliament and the Council are to have equal access to information regarding such expert consultations and, importantly, system-

atic access to the meetings of such expert groups. The IIA envisaged further negotiations between the institutions with a view to establishing delineation criteria for delegated and implementing acts and, finally, provided for establishing a joint register of delegated acts by the end of 2017. Moreover, the agreement called upon the Commission to make proposals by the end of 2016 for the alignment of existing legislation, which still needs adapting to the new legal framework created by the Lisbon Treaty (i.e. the new hierarchy of norms, including delegated and implementing acts), in particular acts which provide for use of the “regulatory procedure with scrutiny”. On delegated acts, the annex to the agreement sets out a revised “common understanding” of the three institutions, in particular setting some principles for the Commission’s preparation of delegated acts.

The IIA reaffirms the principle of sincere cooperation between the institutions, including information sharing and dialogue, and emphasises that the Parliament and the Council, as co-legislators, are to exercise their powers on an equal footing. The agreement contains a commitment to enhanced transparency, which is to include “*appropriate handling of trilateral negotiations*” (trilogues). To this end, the institutions agree to “*improve communication to the public during the whole legislative cycle*”, and commit to identifying “*ways of further developing platforms and tools*” to “*facilitate the traceability of the various steps in the legislative process*”.

The new IIA stresses the need for swift and correct application of Union law at national level, and calls upon the Member States to “*communicate clearly*” to their citizens when transposing Union legislation. In particular, with the aspiration to tackle “gold-plating”, the IIA provides that, whenever Member States choose to add elements that are in no way related to Union legislation, they should make such additions identifiable through the transposing acts or associated documents. The IIA further calls for inter-institutional cooperation with the aim of updating and simplifying existing Union legislation, as well as the avoidance of administrative burdens without, however, compromising the objectives of the legislation in question.

Although the title of the IIA refers to better law-making, it could equally have had a title referring to institutional balance or the *méthode communautaire* in so far as the preponderant concerns are in fact to do with how these ideas are put into practice.

The first such aspect is better cooperation between the three institutions with regard to multiannual and annual programming, where the European Parliament has certainly made some inroads.

The second relates to where the Commission plans to withdraw a leg-

islative proposal. Here the IAA codifies the judgment in Case C-409/13 *Council v. Commission*³⁰, where the Court held that “*where an amendment planned by the Parliament and the Council distorts the proposal for a legislative act in a manner which prevents achievement of the objectives pursued by the proposal and which, therefore, deprives it of its raison d’être, the Commission is entitled to withdraw it*”. It may however do so only after having had due regard to Parliament’s and Council’s concerns behind their wish to amend the proposal. The IIA requires the Commission to provide reasons for such withdrawals and to take due account of the co-legislators’ positions when doing so. This definitely confirms and qualifies a key aspect of the *méthode communautaire*.

Thirdly, the undertaking to “give prompt and detailed consideration” to requests made by the Parliament and the Council for the Commission to present proposals for legislation under Articles 225 and 241 TFEU is a victory for the European Parliament, while conceding nothing from the *méthode communautaire*.

Fourthly, the reference to justifying the choice of legal basis and compliance with the principles of subsidiarity and proportionality may be regarded as warning shot to the Commission, whilst the trilateral exchange of views in case of a proposed change in the legal basis, entailing a change from the ordinary legislative procedure to a special legislative procedure or a non-legislative procedure must be regarded as a victory for the Council, in that it may allow it to avoid litigation. In any event, it certainly has to do with the principle of institutional balance.

Fifthly, the provisions regarding delegated and implementing acts are certainly of constitutional importance. They herald more work in the future but contain major concessions to the Council and the European Parliament.

Lastly, the reference to the principle of sincere cooperation between the institutions, including the fact that the Parliament and the Council, as co-legislators, are to exercise their powers on an equal footing are also manifestly about institutional balance.

8. Conclusion.

Whether the expression “constitutional convention” is entirely appropriate in the context of the European Union may be doubted given the

³⁰ ECLI:EU:C:2015:217.

very different context. However, it would seem clear that interinstitutional agreements, and particularly the latest one on better law-making, play a similar function in supplying the gaps in primary law and institutional agreements may be regarded as a necessary corollary of the principle of institutional balance and the *méthode communautaire*.

GEORGES CAVALIER, ROCCO DI NUZZO¹

NEW TECHNOLOGIES AND TAX LAW

SUMMARY: 1. Introduction. Digital Law, AI Law, and Blockchain: does it matter? – 2. The role of Tax Law within the “Web 2.0”. – 3. Theoretical and fundamental issues: tax treaties and the concept of permanent establishment. – 4. Cryptocurrencies: what’s next? – 5. Conclusions.

1. Introduction. Digital Law, AI Law, and Blockchain: does it matter?

The term “New Technology Law” has recently been used very frequently and with a wide meaning². However, this expression must be distinguished from other segments of the law. First, “New Technology Law” is distinct from “Digital Law”. Indeed, the French term “*digital*” – which comes from the English word “numerical” – was used in France from the 1970s until the 1990s for designating the law regulating information, transmitted by a sequence of numbers, usually binary (based on 0 and 1). It was then replaced in the 2000s by the term “*numérique*”, although the two terms are not synonymous³. Nevertheless, either the term *digital* or *numérique* is associated with a number of terms identifying the distinctive features

¹ The present contribution provides excerpts from the lecture given in 2019 by Georges Cavalier (University of Lyon, and on leave, 2020, at the University of Ferrara) at the 61st Seminar of Comparative and European Law at the University of Urbino: it is based on the notes and bibliographical apparatus provided by Dr. Rocco Di Nuzzo (University of Urbino). Dr Rocco Di Nuzzo submitted a first draft of this work to Georges Cavalier based on the oral presentation the latter gave. Then, Georges Cavalier re-read this first version and made some modifications. This work is therefore the fruit of collaboration and a common reflection between the two authors.

² “New Technologies” could cover different fields: from Artificial intelligence to Nanotechnology, Robotics, Distributed ledger technologies medical field advancements. Please see the following link for further details on “New Technologies” examples: https://en.wikipedia.org/wiki/Emerging_technologies#Emerging_technology_debates (08-03-2002).

³ See generally: F. ROPART, *Faut-il dire numérique ou digital?*, in <https://www.blogdumoderateur.com/numerique-ou-digital/> (07-03-2020).

of this technology: the transition from analogue to digital information is called “digitization”, while the transition from material technology to digital is commonly called “dematerialization”. In any case, the strength given to individuals is now on the intangible rather than the tangible plane⁴.

However, the terms *digital* and *numérique* are often used indiscriminately in current language and this is due both to a lack of computer culture and probably to a lack of knowledge of the English language as well. An example of a misuse of these terms can be found in the “*Journée de la femme digitale*”⁵. Moreover, it would also be useful to remember that on a semantic level the term digital in both French and English languages takes its origin from the Latin word “*digitum*” meaning finger: therefore, it is quite clear that the origin of the word has nothing to do with numbers or digitization, but rather with the activity of “counting with fingers”.

As regards, instead, the difference between digital and analogue technology, it should be stressed here that it concerns the way in which signals – mainly sound signals – are processed and stored. For example, if in the case of digital technology a sound signal is converted into a binary system (base 0 and 1), in analog technology this signal keeps its sound character in its uncoded form.

New Technology Law has also to be distinguished from Artificial Intelligence (AI) Law⁶. Focusing on AI, its very fabrics is made of basically two elements – hardware and software – both constituting the “body”, and the “mind” effectively making machines alike humans. Several cases implement AI in working or private environments: for instance, in healthcare sector the machine is able to identify the symptoms or signs and consequently to deduce diseases in order to find a suitable treatment. Other examples could cover sectors as financial services (Fintech)⁷, where the machine detects and collects data derived from the Stock Exchange for the purpose of establishing appropriate investment strategies. Or in the automotive sector, where AI enables the vehicle to know and respect the highway code as well as to adapt the driving according any situation or media as well. In the former

⁴ J. RIFKIN, *La troisième révolution industrielle*, Actes sud, 2013; contra D. BOURG et alii, *La Troisième Révolution of Rifkin shall not arise*, in *Liberation.fr* du Oct. 21 2014.

⁵ Please see the following link: <https://lajourneedelafemmedigitale.fr/>; (26-02-2020).

⁶ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, PhD Aix-Marseille, 2018.

⁷ For further information about Fintech please see: M.T. PARACAMPO, *Fintech Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Volume II, Torino 2019.

case, the machine works as journalist and writes a press article from the raw data communicated to it. In the latter case, the machine works as a driver in interpreting road signals.

The most important AI feature – distinguishing it from simple New Technology – is probably its capacity of “understanding”: the machine is able to identify and understand not only binary language, but also especially human language either written or oral. This means that the machine does not need any external instruction from hardware but it can solve the problem by itself. Some examples could be virtual assistants or web search engine. Furthermore, the capacity of “understanding” by AI could also be declined into its capacity of “learning”: this is called “machine learning”. It is interesting to report here in which way academics and professionals in AI sector have considered AI at the “Dartmouth Conference”⁸ – the so-called AI’s birthday. This conference is the moment from which AI is officially considered as a scientific discipline. On this occasion, researchers have defined the objective that AI must achieve: give machines cognitive abilities comparable to those of humans.

In case of machines would be assimilated to humans thanks to AI, there could be consequences from a legal point of view insofar every time a machine makes a human activity it will be subject to interactions with others (especially humans) and, as a consequence, there could take place facts or acts relevant for the law. In fact, concepts as asset or legal entity/personality or fraudulent misrepresentation could definitely not be tailored on machines. In light of this fact, tax law – which uses the old principles yet – and its principles also are suffering before the incoming AI.

Leaving aside AI⁹, one example of new technology is surely *Blockchain*¹⁰. It is “*a transparent, secure information storage and transmission technology that operates without a central control body*”¹¹. Blockchain could also be de-

⁸ For further information about Dartmouth workshop please see: https://en.wikipedia.org/wiki/Dartmouth_workshop; (26-02-2020).

⁹ See B. KUZNIACKI, *Developing an Artificial Intelligence’s Tax Assistant in International Tax Avoidance Cases: The Case Study under the PPT*, available at https://www.taxacademy.sg/files/research%20papers/KuzniackiB_AI%20Tax%20Avoidance%20PPT.pdf (07/03/2020).

¹⁰ For those interested in Blockchain please see: M. T. PARACAMPO, *Fintech Introduzi-one* cit., p. 309 ss.

¹¹ Please be advised that definition of Blockchain comes from official website Blockchain France: <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/> (26-02-2020).

defined as “an open, distributed ledger that can record transaction between two parties efficiently and in a verifiable and permanent way”¹².

There are different kinds of blockchain either public – where everybody is entitled to join the “chain” – or private – where just selected persons can join and use the ledger. Is this distinction relevant for tax purposes? Probably, since the role of tax law within the Web 2.0 has to be redefined.

2. The role of Tax Law within the “Web 2.0”.

Before deepening into some tax aspects, one could start as a reminder with the following basic tax equations:

Tax Computation = $[(\text{Tax Base} \times \text{Tax Rate}) - \text{Tax Credit/Reduction}]$, and
Tax Base = $[\text{Income} - \text{Tax Deductible Expenses}]$.

To determine the exact amount of income tax owed (i.e. tax computation), the amount of taxable income (tax base) is multiplied by one or several tax rates (according to tax rates charts).

One of the main problem raised by new technology is the tax base or tax allocation¹³. This is particularly true when examining the role of tax law within the “Web 2.0”. This “Web 2.0” – also called “participative web” considers “the set of techniques, functionalities and uses that followed the original form of the web, characterized by more simplicity and interactivity”. The so-called “Web 2.0” concerns interfaces and exchanges that enable internet users with little technical knowledge to take advantage of new web functionalities. Dale Dougherty, a professional of the company O’Reilly Media, used the expression of “Web 2.0” for the first time in 2003 and then diffused it in 2004 and 2005, until his position was consolidated in 2007 with “What is Web 2.0”.

The philosophy¹⁴ behind the concept of “Web 2.0” is simple and based on the following characteristics: *i*) the web is considered as a platform; *ii*) the

¹² Please see the following link: https://en.wikipedia.org/wiki/Blockchain#cite_note-hbr201701-7 (26-02-2020).

¹³ See generally, OECD, *Addressing the Tax Challenges in a Digital Economy*, 2014, available at [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264218789en.pdf?expires=1583610485&id=id&accname=guest&checksum=E6532CE2DA87354B5B25D249094CC18B](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264218789en.pdf?expires=1583610485&id=id&accname=guest&checksum=E6532CE2DA87354B5B25D249094CC18B;); (07/03/2020).

¹⁴ For more information about the philosophy and New Technology please see: E. CALZOLAIO, *La Decisione nel Prisma dell’Intelligenza Artificiale*, Milano 2020; C. FARALLI, *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli 2018; R. BRIGHI S. ZULLO, *Filosofia del diritto e nuove tecnologie*, Roma 2015.

internet user is a co-developer of applications; *iii*) the wealth is data; *iv*) the web 2.0 supports the collective intelligence; *v*) it is necessary to have flexible and light interfaces; *vi*) the software is liberated from personal computer¹⁵. This philosophy has to be combined with the following general tax principles.

In his major work “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, Adam Smith fixed the principle that “*Every tax ought to be levied at the time, or in the manner, in which it is most likely to be convenient for the contributor to pay it*”¹⁶. From this principle arises any recent tax policy founded on the services’ quality and on the way to regulate the relationships between tax authorities and taxpayers. The second principle, stated by article 13 of Declaration of the Rights of Man and of the Citizen dated August 26, 1789, clearly indicates that “*For the maintenance of the public force, and for administrative expenses, a general tax is indispensable; it must be equally distributed among all citizens, in proportion to their ability to pay*”¹⁷. This principle fixes the strategies against fraud and in order to detect the fraud, it is used new technology as data mining. Data mining could be defined as the analysis of data made by different perspectives in order to transform them into useful information, either establishing relations among data or identifying patterns. The Data mining process may be particularly useful for companies insofar they could take advantage from such information for implementing marketing strategies for instance. The business use of such information is important as it may grant companies increasing their turnover or reducing their costs. Applied in tax law, the French Constitutional Council approved a controversial new law that allows tax authorities to use social media data to catch tax cheats¹⁸.

¹⁵ For further information on this point please see: F. DOUET, *Fiscalité 2.0 – Fiscalité du numérique*, 2019; F. HUET, *La fiscalité du commerce électronique*, 2000. Please also see the 2015 Final Report of OECD (Organization for economic Co-operation and development) “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1”, available at https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#page1 (7-3-2020).

¹⁶ A. SMITH, *An Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*, Part III, 2007, p. 640. Please see the following link: https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf (8-03-2020).

¹⁷ For the French version please see: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (26-2-2020); for the English version please also see: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf (26-2-2020).

¹⁸ DC, Dec. 27, 2019.

There are several interesting examples of computer programs with algorithms applied to legal industry, for example Blue J legal¹⁹ with regard to so-called “case law analytics” that is a predictive justice software that is able “to predict how a court would rule in your unique scenario with over 90% accuracy”²⁰. And for a long time now, algorithms have been used for the network analysis of bilateral tax treaties²¹.

This kind of approach is completely disrupting the way of how to intend the law and with regard to tax law there is an issue concerning tax basis linked to both tax administration and taxpayer and this issue has a strong comparative and European accents. The new technologies of the 21st century are significantly changing the way the rules are designed: whether online platforms, virtual currencies, and more generally, taxation of digital sector’s companies, tax law is out to the test. In light of this fact, the majority of European tax laws are tailored for tax issues of 20th century (the so-called Fordist period). These traditional concepts have to evolve. This is true for direct tax (e.g. the concept of permanent establishment to allocate taxing rights), but also for indirect tax (e.g. Value Added Tax).

3. Theoretical and fundamental issues: tax treaties and the concept of permanent establishment.

With regard to theoretical and fundamental issues one could consider the one allocating the profits through the definition of permanent establishment. On October 8, 2015 the final report on BEPS Action 7 aimed at “Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status” was approved jointly by the OECD and G20. The objective of this report is to ensure that the international tax system does not allow for double taxation and to avoid double non-taxation (the so-called “stateless income”). The fundamental problem of this matter concerns the inadequacy of the 21st century economy in the face of the concept of a permanent establishment. Indeed, the OECD and UN model conventions (in particular article 5) define the permanent establishment as “a *fixed* [emphasis added] place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on”. This is surely a key

¹⁹ For further information, see <https://www.bluejlegal.com/> (26-2-2020).

²⁰ *Ibidem*.

²¹ E.g. S. POLAX, *Algorithms for the Network Analysis of Bilateral Tax Treaties*, Master thesis, University of Amsterdam 2014.

point for international taxation insofar its aim is to delimit the fiscal sovereignty of a State and, at the same time, the sharing of a taxation of the profits that a company makes under several jurisdictions.

These international conventions within the definition of a permanent establishment usually distinguish a “general part” (please see the above-mentioned definition) and, then, a series of cases where the existence of a permanent establishment can be established and, finally, a series of exceptions to cases where the existence of a permanent establishment can be established. For instance, exceptions are the so-called preparatory and auxiliary activities or independent agents who cannot conclude contracts²². The leading players of new economy – the web giants above all – have interpreted extensively the exceptions contained in the definition of permanent establishment and, specifically, those relating to auxiliary or preparatory activities and those relating to the presence of stocks.

The OECD identifies several practices implemented by multinationals to take advantage of certain flaws in the system. For example, abuses may consist in the fact that a company through commissions agreements sells goods or services in another country without bearing the local tax on its profits made abroad. In fact, only the commission due to the commissioner is taxable locally in order to remunerate him for negotiating contracts, but this commission is considerably lower than the profits it makes locally²³. Other abusive practices also involve companies that fragment their activities between different entities, which are separated and, as a consequence,

²² According to the model prevailing nowadays, a company is considered as *not* having a permanent establishment in another country if: (a) it uses facilities for the sole purpose of storing, displaying or delivering goods belonging to the company; (b) the goods belonging to the company are stored for the sole purpose of storage, display or delivery; (c) the goods belonging to the undertaking are stored for the sole purpose of processing by another undertaking; (d) a fixed business installation is used for the sole purpose of purchasing goods or gathering information for the undertaking; (e) a fixed business establishment is used solely for the purposes of carrying out any other preparatory or ancillary activities for the undertaking; (f) a fixed business establishment shall be used solely for the purposes of the simultaneous pursuit of the activities referred to the above (a) to (e), provided that the activity of the fixed business establishment resulting from such simultaneous pursuit remains preparatory or ancillary.

²³ See also Google case, Administrative court of appeal of Paris, Apr. 25, 2019. With regard to this latter, it should be noted that these independent agents can be considered as permanent establishment of a company if they have in another state the powers to conclude contracts in name and on behalf of the company.

do not constitute a permanent establishment because of their ancillary nature. This is particularly the case for Amazon, which is a Luxembourgish company which solely storing goods in France or Italy²⁴. But, these activities, if considered collectively, fully meet the definition of permanent establishment. In order to stifle these abusive practices, action 7 of BEPS proposes to amend article 5 of the OECD model, which specifically deals with the definition of permanent establishment.

From this point of view, action 7 of BEPS intends to revise the concept of permanent establishment in two directions: by broadening the definition of permanent establishment on the one hand and, on the other hand, by restricting the use of exceptions. The expansion of the concept of permanent establishment is made, negatively, by restricting the notion of independent agent and, positively, by expanding the notion of dependent agent. Moreover, as concerns the restriction of the recourse to exceptions, reference is mainly made to the so-called preparatory or auxiliary activities. The conditions of a preparatory or ancillary nature to all the activities in Article 5(4) are generalized. Therefore, an activity is no longer auxiliary or preparatory in nature. It is ancillary and preparatory to a value chain of a given group of undertakings. For instance, a company which carries out an activity of distributing goods and which, for that reason, has stocks and premises to store them, will constitute a permanent establishment. It will no longer be able to benefit from the exemption of ancillary and preparatory activities. Therefore, under this new rule, actors in the digital economy will be considered as having a permanent establishment in countries where they have storage or distribution sites (e.g. Amazon). In addition, the misuse of exceptions is also prevented through an anti-fragmentation clause. This latter provides that the exceptions in article 5(4) are not applicable to undertakings which take advantage of them to carry out complementary activities on different sites which, when separate, do not constitute a permanent establishment but which, when taken together, constitute one in so far they form part of a coherent business operation.

The aim of restricting the possibility of dividing the contracts of the yards

²⁴ Italy introduced a new Web Tax with effect from January 1, 2020 (*Imposta sui servizi digitali - DST*) thanks to budget law for 2020. The legislator's objective is to tax revenues generated from digital services provided to users located in Italy, identified by reference to the Internet protocol (IP) address of the device used or other geo-location system. In France, see G. CAVALIER, *Taxe GAFA et services financiers: l'exclusion?*, in *Revue internationale des services financiers*, 2019/3, p. 3 s.

is to put an end to techniques that seek to divide contracts in order to entrust the yards to different interveners and avoid the qualification of a permanent establishment. Another initiative to address the permanent establishment definition is the tentative of the European Parliament to introduce in the draft CCTB the concept of “*significant digital presence*”²⁵. And even more recently, the OECD proposed a nexus approach to tax profits, and this would not be limited to the digital economy²⁶: one could ask whether the future development is that of a new taxing right for the benefit of market jurisdictions? This direct tax impact of new technologies also finds some echo in indirect tax – particularly VAT – through the example of Cryptocurrency.

4. Cryptocurrency: what’s next?

Without prejudice to what said above with regard to Blockchain definition²⁷, this section would like to deepen its understanding in order to analyse tax issues related to Blockchain and its mechanism: bitcoin and cryptocurrency. Therefore, provided that Blockchain was invented by a person or a group of people unknown using the name Satoshi Nakamoto in 2008 to serve as the public transaction ledger of the cryptocurrency, one could say that Blockchain is a growing list of records, called blocks, that are linked using cryptography and that each block contains a cryptographic hash of the previous block, a timestamp, and transaction data²⁸.

Basically, for use as a distributed ledger, a blockchain is typically managed by a peer-to-peer network collectively adhering to a protocol for inter-node communication and validating new blocks. Once recorded, the data in any given block cannot be altered retroactively without alteration

²⁵ E.g. draft CCTB (Common Corporate Tax Base) at the following link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595907/EPRS_BRI\(2017\)595907_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/595907/EPRS_BRI(2017)595907_EN.pdf) (13-3-2020). For further details on significant digital presence please see the following link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623571/EPRS_BRI\(2018\)623571_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623571/EPRS_BRI(2018)623571_EN.pdf) (13-3-2020).

²⁶ OECD Secretariat proposal: *For a unified approach under pillar one*, available at <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>

²⁷ See fn 5 and 6.

²⁸ O. DE MAISON ROUGE, *Blockchain et monnaie électronique: de la confiance numérique à la prise en compte des cyberrisques*. For further information please see the following link: <https://www.workshop.revue-banque.fr/wp-content/uploads/2019/06/Quelle-finance-en-2030-40-points-de-vue-d%E2%80%99experts-Pierre-Henri-Cassou.pdf> (12-3-2020).

of all subsequent blocks, which requires consensus of the network majority. Although blockchain records are not unalterable, blockchain may be considered secure by design and exemplify a distributed computing system with high Byzantine fault tolerance. Decentralized consensus has therefore been claimed with a blockchain.

Bitcoin is a cryptocurrency and, as a consequence, it is a decentralized digital currency without a central bank or single administrator that can be sent from user to user on the peer-to-peer bitcoin network without the need for intermediaries. As a technology developed thanks to Blockchain, bitcoin's transactions are verified by network nodes through cryptography and recorded in a public distributed ledger. Bitcoin – as Blockchain as well – was released as open-source software in 2009 and its “units” or “coins” are created as reward for a process known as mining. Note that bitcoins can be exchanged for other currencies, products and services²⁹.

One question arising from cryptocurrencies is the characterization of such currencies and their taxation. Cryptocurrencies are particularly linked with Initial Coin Offerings (hereinafter “ICO”) which is basically an innovative way of raising money. The ICO is “*a fundraising method, operating via the issuance of digital assets, called tokens, against cryptocurrencies in general and during the start-up phase of a project*”³⁰. During an ICO the investor who decided to put money into the start-up project receives a consideration in form of cryptocurrency called “token”. One could distinguish two families of tokens: “native token” and token issued on a Blockchain already implemented. Native token relates to protocols having two functions: (i) transfer value between network members and outward through cryptocurrency exchanges and (ii) provision of a decentralized development environment for application. While, as concerns the second tokens’ family, two sub-categories emerge: the “security token” or “equity tokens”, which permit the investors to earn money and carry the right to vote and “utility token”, which grant to their holder a right of use goods or services. This latter is the most common type of token used in practice. Therefore, the relevant tax treatment may be different from country to country. For instance, in

²⁹ A research produced by University of Cambridge estimates that in 2017, there were 2.9 to 5.8 million unique users using a cryptocurrency wallet, most of them using bitcoin. For further information: https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/alternative-finance/downloads/2017-global-cryptocurrency-benchmarking-study.pdf (26-2-2020).

³⁰ G. CAVALIER, P. GUÉDON, *Initial coin offerings and VAT scope – building upon the cryptocurrencies debate*, in *International Journal for Financial Services*, 2018/3, p. 24.

France depending on the characterization of the token issued, dividend or interest characterization or capital gain treatment may be retained or not. In fact, the French Administrative Supreme Court decided that the gains generated by the sale of cryptocurrencies by an individual were to be considered as capital gains resulting from this transfer of “movable property” and, as a consequence of such transfer, the gains are subject in France to a 19% proportional rate plus 17.2% social taxes³¹. However, if there is not harmonization of direct taxation in Europe, the indirect tax (VAT – Value Added Tax) is harmonized with regard to VAT scope and base.

VAT treatment of transactions involving cryptocurrencies has recently been treated by the Hedqvist judgment from the European Court of Justice (ECJ)³². On October 22, 2015 the ECJ delivers its decision in the *Skatteverket v. David Hedqvist* case on the VAT treatment of bitcoin exchange. In this particular case, David Hedqvist, a Swedish national, is considering providing services consisting of the exchange of Swedish krona against bitcoin and vice versa. Prior to commencing such transactions, he asked the Swedish Tax Law Commission if VAT should be paid on the purchase and sale of bitcoin and this latter stated that the transactions carried out by Mr Hedqvist are VAT exempt. But the Swedish tax authority (Skatteverket) appeals against the decision before the Swedish Supreme Administrative Court, arguing that the transactions carried out by Mr Hedqvist do not fall within the VAT Directive exemptions. The ECJ answered firstly that bitcoins are similar as fiat currencies for VAT purposes as they have no other purpose than to be a means of payment as national currencies. Secondly the ECJ also stated that the supply of services consisting of the exchange of traditional currencies for units of bitcoin and vice versa, performed in return for payment of a sum equal to the difference between the price paid by the operator to purchase the currency and the price at which he sells that currency to his clients are VAT exempt transactions. In order to comply with ECJ's interpretation, the VAT Committee states new guidelines on how the VAT treatment of operations with regard to cryptocurrencies (including but not limited to Bitcoin) could be interpreted. In the first place, in case of exchange of bitcoin for goods and services, one could consider there are two sub-transactions: one from the bitcoin owners to the service provider

³¹ G. CAVALIER, *Blockchain, bitcoins et droit fiscal: Propositions pour une harmonisation*, in *International Journal for Financial Services*, 2018/2, p. 98

³² EUCJ, *Skatteverket v David Hedqvist*, C-264/14.

and, on the other hand, the sub-transaction from the service provider to the Bitcoin owner. The first sub-transaction is out of VAT scope, while the second sub-transaction is VAT taxable as it is treated as any other supply of goods or services. In the second place, according to the VAT Committee the services supplied by digital wallets are out of scope of VAT, unless the wallet providers ask for payment. In this case the transaction seems to be VAT taxable, even if the VAT Committee estimates it is impossible to determine if such services will fall in the exemption of the article 135 (1)(d) of the VAT directive. In the third place, services related to intermediation supplied by exchange platforms are taxable. Anyway, it is noticeable that if these guidelines are neither enforceable nor mandatory, some countries (i.e. Germany) have aligned their position with the VAT Committee.

As regards ICO, please note that it is very difficult to place an ICO operation in the existing VAT categories. It is worth saying that “*ICOs are an example where technology has outpaced the existing law*”. However, one could expect an ECJ decision elucidating the VAT treatment of ICOs, provided that it is not recommended to adopt a common solution for any and all token, as tokens have significant differences³³.

5. Conclusions.

It is clear enough that New Technologies are completely disrupting the way to image the tax legal framework and the transactions in general. Blockchain and bitcoin clearly show the new paradigms affecting old standards. The efforts made by countries in order to fight against corporate tax planning strategies used by multinationals to shift profits from higher tax jurisdictions to lower tax jurisdictions show that New technology changing the world also affect a key principle stated in most of Constitutions of European countries, according to which “*each person shall contribute to public expenditure in accordance with their capability*”³⁴. In an area where assets can be moved easily, it may be expected more collaboration among EU – and non EU countries as well – to foster clear and common rules to treat and tax the income and capital gains resulting from the digital revolution. This may also be just a pretext to rethink globally international taxation for all activities, and not only the ones related to new technology.

³³ G. CAVALIER, P. GUÉDON, *Initial coin offerings* cit.

³⁴ E.g., Italian Constitution, art. 53.

EMILIO DE CAPITANI

*TWENTY YEARS AFTER TAMPERE AND TEN YEARS SINCE THE
LISBON TREATY THE EUROPEAN AREA OF FREEDOM SECURITY
AND JUSTICE HAS LOST ITS COMPASS?*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. What happened in law with the entry into force of the Lisbon Treaty. – 2.1. The protection of EU founding values as pre-condition for mutual trust. – 2.2. Towards an integrated FSJA and a stronger protection of fundamental rights at EU level. – 2.3. Overcoming the EC-EU dualism and some of the institutional problems of the FSJA. – 2.4. When general rules have an exception: opt-out/opt-in countries and enhanced cooperation. – 3. Main texts adopted post-Lisbon and the persistence of intergovernmentalism in the FSJA. – 3.1. Main FSJA texts adopted post-Lisbon. – 3.2. The persistence of intergovernmentalism in the FSJA. – 4. Conclusions and possible improvements in the new legislature (2019-2024).

1. Introduction.

Almost a decade ago the Lisbon Treaty came into force. It promised great advances for EU democracy, particularly in the policy areas that collectively come under the Area of Freedom, Security, and Justice (FSJA)¹.

Although the EU already had significant experience with parliamentary involvement in legislating, it had been confined mostly to technocratic, common market issues, not those over which citizens have typically paid most attention to law and order, migration, and fundamental rights. Since the Single European Act (1986), the Maastricht Treaty (1993), the Amsterdam Treaty (1997) and the Nice Treaty the EU has had an increasingly im-

¹ According to the European Commission “*The three notions of freedom, security and justice are closely interlinked. Freedom loses much of its meaning if it cannot be enjoyed in a secure environment and with the full backing of a system of justice in which all Union citizens and residents can have confidence. These three inseparable concepts have one common denominator - people - and one cannot be achieved in full without the other two. Maintaining the right balance between them must be the guiding thread for Union action*”, COM(1998)0459. This document may be consulted here: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0459:FIN:EN:PDF>.

portant role to play also in these areas. In a first phase, until the Amsterdam Treaty, the EU framework was mostly intergovernmental (the so-called “third Pillar”) without parliamentary and judicial control at EU level. Then, a first block of competencies dealing with borders, migration, asylum and judicial cooperation in civil matters was transferred to the “community” regime by abandoning the unanimity rule in the Council, associating the EP in co-decision and empowering the Court of Justice.

As a result of the Lisbon Treaty, police and judicial cooperation on criminal matters, which was the last policy covered by the intergovernmental method, was also brought under the “community” regime. Moreover, legislating in the fundamental rights arena was given a boost by the binding effect given to the Charter of Fundamental Rights, which makes a clear reference in its preamble to the rights of the individuals and to the area of freedom, security and justice².

Putting into practice the Treaty’s promise of democracy never promised to be easy. But as is widely known, the past years have not been normal times. Apart from the Eurozone crisis, the jihadi terrorist attacks in Paris, Berlin, and Brussels, as well as the Syrian refugee crisis, have tested the policies at the core of the FSJA.

This chapter examines how the EU’s practice of democracy in FSJA has evolved in the turbulent years since the Lisbon Treaty entered into force.

2. What happened in law with the entry into force of the Lisbon Treaty.

Raising from the ashes of the Constitutional Treaty whose ratification was blocked in mid-2005 by two negative referenda in France (May) and in the Netherlands (June), the Lisbon Treaty was signed in Lisbon on 13 December 2007 and entered into force on 1 December 2009, notwithstanding the resistance of some Member States³. Even if, unlike the failed Con-

² See the Preamble to the Charter, according to which the EU “... *places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice*”.

³ Suffice it to recall that after the two negative French and Dutch referendums on the Constitutional Treaty in 2005, the Lisbon Treaty was also rejected by a referendum in 2008 in Ireland and the result was overturned a year later only after a series of concessions. In Germany the German President, Horst Kohler, suspended his signature of the instrument of ratification in order to wait until the adoption of a very thorough judgment of the Bundesverfassungsgericht, which ruled that the Lisbon Treaty was compatible with the German

stitutional Treaty, it does not repeal or replace the texts of the pre-existing Treaties and from a formal point of view should be considered only an amendment to those treaties, from a substantive point of view it improves quite substantially the pre-existing legal situation by taking account of several of the advances foreseen by the Constitutional Treaty⁴ notably for FSJA related policies.

In this first part, special attention is paid to four aspects: (a) the rising importance of the EU founding values as a precondition of mutual trust notably in the FSJA; (b) how the FSJA policies should not only protect but promote fundamental rights; (c) how the new EU single personality impacts on the FSJA and could solve some former institutional problems, and (d) the case of the opt-out countries and of Schengen cooperation.

2.1. The protection of EU founding values as pre-condition for mutual trust.

Transforming a market-oriented organization into a more ambitious political entity where sovereignty could be shared between the Member States and the new organisation required a “constitutional homogeneity”⁵ which

Basic Law once the powers of the Bundestag and of the Bundesrat were strengthened and the latter were able to express their position before the *passerelle*, flexibility or other clauses of the Treaty could be used. A law of consent requiring a 2/3rds majority in the Bundestag (and a 2/3rds majority in the Bundesrat where matters falling within its competence are concerned) is now required.

But the main difficulties were raised by the Czech Republic whose President Klaus on 9 October 2009 made the completion of the ratification process of the Lisbon Treaty conditional upon giving a guarantee that an opt-out in respect of the application of the Charter of Fundamental Rights of the EU would be granted to the Czech Republic similar to that which Poland and the United Kingdom had been granted (Protocol no. 30).

⁴ It is worth recalling that the Constitutional Treaty was ratified by 18 Member States and this would have been frustrated if the new Treaty had been less ambitious with regard to the substance.

⁵ This “Constitutional homogeneity” should not be a threat to the institutional identity of each EU Member State since Article 4(2) provides that “The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government” and the right balance between these two conditions of Constitutional homogeneity and National identity has to be found in the relationship which has taken shape between the Court of Justice of the EU and the national Constitutional Courts on the issue of “limits” and “counter-limits”. As James Madison observes in *Le Fédéraliste*, “[p]lus

can prevent endless fights on the main aim of the organisation and on which the mutual trust between the Member States and with the EU institutions can be built by preserving each State's own Constitutional "identity". Even if the first declarations defining the EU identity dates back to the beginning of the 1970s⁶ and a first reference to "common principles" was already in the Maastricht Treaty, it is with the Lisbon Treaty that EU "values" have become the core of the EU identity: *"The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail"* (Art. 2 TEU).

These "values" also shape the EU's missions as stated by Art. 3 TEU, according to which *"The Union's aim is to promote peace, its values and the well-being of its peoples"*. Quite logically, promoting these values should also be a common endeavour of EU Member States both before acceding the EU (Art. 49 TEU) as well as, thereafter, in order to maintain a full membership (Art. 7 TEU).

Among these founding values, respect for the rule of law is a key element of the relationship between the EU and its Member States and a pre-condition to preserve the mutual trust and solidarity between the EU Member States. As clarified by the CJEU⁷, *"The case-law of the Court of*

cette Union est intime et plus chaque membre a d'intérêt aux institutions politiques de tous les autres; plus il a le droit d'exiger que les formes de gouvernement sous lesquelles le contrat a été conclu soient maintenues... Des gouvernements de principes et de formes différentes sont moins propres à former une coalition fédérale quelconque, que des gouvernements de nature analogue" (Hamilton, Jay et Madison, 1902, 359).

⁶ The Copenhagen Declaration of European Identity (13 December 1973 accessible here: https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/02798dc9-9c69-4b7d-b2c9-f03a8db7da32/publishable_en.pdf).

⁷ See paras 98 and 99 of the judgment of the General Court of 15 September 2016 in Case T-348/14, *Oleksandr Viktorovych Yanukovych*: "(98) In that regard, it must be recalled that respect for the rule of law is one of the primary values on which the European Union is founded, as is stated in Article 2 TEU, and in the preambles of the EU Treaty and of the Charter of Fundamental Rights. Respect for the rule of law constitutes, moreover, a prerequisite of accession to the European Union, pursuant to Article 49 TEU. The concept of the rule of law is also enshrined in the preamble of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950. (99) The case-law of the Court of Justice and of the European Court of Human Rights, and the work of the Council of Europe, by means of the European Commission for Democracy through Law, provide a non-ex-

Justice and of the European Court of Human Rights, and the work of the Council of Europe, by means of the European Commission for Democracy through Law, provide a non-exhaustive list of principles and standards which may fall within the concept of the rule of law. That list includes: the principles of legality, legal certainty and the prohibition on arbitrary exercise of power by the executive; independent and impartial courts; effective judicial review, extending to respect for fundamental rights, and equality before the law (see, in that regard, the rule of law checklist adopted by the European Commission for Democracy through Law at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)).

According to the Luxembourg Court, the rule of law⁸ “... is of fundamental importance in EU law, given that it allows an area without internal borders to be created and maintained. That principle requires, particularly with regard to the area of freedom, security and justice, each of those States, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law” (CJEU Opinion 2/13, EU:C:2014:2454, para. 191).

To preserve the EU founding values a political mechanism had already been put in place by the Maastricht and Amsterdam Treaties giving the possibility to the European Council and to the Council in case of violations of these values by a Member State “... to suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the government of that Member

haustive list of principles and standards which may fall within the concept of the rule of law. That list includes: the principles of legality, legal certainty and the prohibition on arbitrary exercise of power by the executive; independent and impartial courts; effective judicial review, extending to respect for fundamental rights, and equality before the law (see, in that regard, the rule of law checklist adopted by the European Commission for Democracy through Law at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)). Further, in the context of European Union external action, a number of legal instruments include references to the fight against corruption as a principle within the scope of the concept of the rule of law (see, for example, Regulation (EC) No 1638/2006 of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006 laying down general provisions establishing a European Neighbourhood and Partnership Instrument (OJ 2006 L 310, p. 1)).

⁸ See CJEU Opinion 2/13 “168. This (EU) legal structure is based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU. That premiss implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised and, therefore, that the law of the EU that implements them will be respected”.

State in the Council” (art 7.3 TEU)⁹. The main objective of a possible suspension of the voting rights is a sort of self-defence of the EU against one or more Members which might jeopardise the adoption of measures required by the Treaties¹⁰.

As a complement to the Article 7 TEU procedure the Commission announced in its 2018 communication ‘A new, modern Multiannual Financial Framework for a European Union that delivers efficiently on its priorities post-2020’ and on May 2 2018 it proposed¹¹ a regulation on the protection of the Union’s budget in case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States. According to the Commission “*The Union is a community of law and its values constitute the very basis of its existence. They permeate its entire legal and institutional structure and all its policies and programmes. Respect for these values must therefore be ensured throughout all Union policies. This includes the EU budget, where respect for fundamental values is an essential precondition for sound financial management and effective EU funding. Respect for the rule of law is important for European citizens, as well as for business initiatives, innovation and investment. The European economy flourishes most where the legal and institutional framework adheres fully to the common values of the Union*”¹².

2.2. Towards an integrated FSJA and a stronger protection of fundamental rights at EU level.

The second main EU objective listed by Article 3(2) TEU after the protection and promotion of EU values is the transformation of the EU into an Area of Freedom, Security and Justice Area (FSJA).

According to it: “*The Union shall offer its citizens an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to*

⁹ This procedure is described in art. 7 TEU and 354 TFEU.

¹⁰ Immediately after the entry into force of the Amsterdam Treaty unanimity was required for the adoption of measures dealing with anti-discrimination policies and the Member States even without triggering the art. 7 procedure decided to ostracize from part of their works the government of Austria because of the participation as a minister of Mr Haider a representative of a political party whose programs were considered quasi-racist.

¹¹ COM(2018) 324 final of 2 May 2018.

¹² On this proposal currently pending before the Council see the Court of Auditors Opinion No 1/2018).

external border controls, asylum, immigration and the prevention and combating of crime” (art 3(2) TEU).

At first sight this formula codifies the same objectives which were already present in the Amsterdam Treaty and even before in Schengen cooperation.

However, after Lisbon the role of the EU is upgraded from an area of basic cooperation between Member States to a public integrated supranational space where the centre of gravity of these policies is progressively transferred from the Member States to the EU level.

Whereas before Lisbon in these domains the EU was only a space of coexistence of the Member States framed by “minimum” rules, after Lisbon the Treaty foresees the establishment in several cases of true “common EU policies” where the supranational and national level should be “integrated”¹³, solidarity should be a general principle (Art. 80 TFEU) and even when in judicial cooperation in criminal matters reference is made to “minimum rules” (Arts 82 and 83 TFEU), this is already a sufficient basis for the harmonisation of national law¹⁴.

Moreover, the fact that after Lisbon all the FSJA policies have been transferred from the intergovernmental to the ordinary regime makes it easier to synergise these policies with other EU policies now listed in other sections of the Treaties, such as the ones dealing with EU citizenship (Art. 20 TEU), the freedom of movement of EU citizens (Art. 21 TEU), antidiscrimination policies (Art. 19 TEU) and measures strengthening individual self-determination, such as the protection of personal data (Art. 16 TFEU), the right of access to documents (Art 15 TFEU) and the right to good administration (Art. 298 TFEU).

In most of the EU policies directly or indirectly connected with the establishment of the FSJA there is no more need for unanimity in Council and the European Parliament, the Commission and the Court of Justice play their full role with the result that it could be possible to build wide-ranging and consistent EU policies if there is the political will to do so.

¹³ For instance on Borders the Art. 77 TFEU set the objective of the gradual introduction of an EU integrated management system for external borders and by at the same time ensuring the absence of any controls on persons, whatever their nationality, when crossing internal borders.

¹⁴ See *Melloni*, EU:C:2013:107, paragraphs 37 and 63 and *Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, Aranyosi and Căldăraru*, cited above, paras 94-98. See *The Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: A New Limit to the Mutual Trust Presumption in the Area of Freedom, Security, and Justice?*, <https://www.utrechtjournal.org/articles/10.5334/ujel.337/>.

Furthermore, the fact that FSJA policies are now aligned with the traditional internal market policies and framed by the general EU supranational financial policy paves the way for taking into account some essential objectives of the FSJA also when shaping social and environmental policies or when establishing a close interaction between the EU and the Member States under the so-called “European Semester”. The latter covers almost all national public policies with a financial impact and gives the Commission and the Council the opportunity to address specific recommendations to the Member States. Among such recommendations, reference has been recently made also to the question of the efficiency of the national judiciary.

That having been said, the main driving factor of the FSJA according to Article 67 TFEU is the protection of fundamental rights. This was, in theory, already the case before the Lisbon Treaty but at the time there was no clear legislative definition of the scope of these “fundamental” rights at supranational level nor clarity about what should had been done in case of conflicting rights at national and supranational level. At that time, in case of doubts about the necessity or the proportionality of a measure to be taken at EU level, only the European and/or national judges could have the final answer. The risk was that the same situation could had been assessed in a different perspective and trigger different interpretations at European and national level¹⁵.

With the adoption of the EU Charter which, under Article 6(1) TEU¹⁶, has the same legal value as the Treaties, the Lisbon Treaty has now codified the European standards of protection of fundamental rights to be followed both by the EU and national legislator as well as by the European and national judges. According to the CJEU (Opinion 2/13) respect for those fundamental rights is “... *a condition of the lawfulness of EU acts, so that measures incompatible with those rights are not acceptable in the EU* (...)”.

Now, one point of big concern for the European Parliament since the entry into force of the Lisbon Treaty has been to verify whether EU legislation adopted before the Treaty and the Charter without taking in account the new EU priorities could still be considered legitimate.

¹⁵ Even if the Court of Justice was also open to the possibility that some EU economic freedoms could be suspended in case of conflict with exercise of some fundamental values at national level (see the *Omega* and *Schimdburger* case law).

¹⁶ Art. 6 also requires the EU to accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and keep open the door for the CJEU to further develop its jurisprudence in this area.

The main case at issue in the post-Lisbon phase has been the judgment of 8 April 2014 in Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland* by which the Court of Justice by reversing a favourable judgment delivered pre-Lisbon annulled the so-called Data Retention Directive and required the EU legislator to make a strict assessment of the proportionality and necessity of measures that constitute serious restrictions on fundamental rights, “*however legitimate the objectives pursued by the EU legislature*”, as in the case of measures in the security domain.

These strict new criteria deriving from the EU Charter are binding also on the Member States when they are implementing EU law, as was stated in the *Åkerberg Fransson* ruling (C-617/10, EU:C:2013:105, paras. 17 to 21), where the Court made it clear¹⁷ that “... *Since the fundamental rights guaranteed by the Charter must therefore be complied with where national legislation falls within the scope of European Union law, situations cannot exist which are covered in that way by European Union law without those fundamental rights being applicable. The applicability of European Union law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter* (para. 21)”.

The special relationship between the Charter and most of the EU policies directly or indirectly connected with the establishment of the FSJA is confirmed also by the fact that several articles of the Charter mirror or complement the legal basis in the Treaties which are deemed to give “specific expression”¹⁸ to the EU’s founding values and fundamental rights.

The special bond between the EU Charter and the FSJA policies is apparent from the preamble of the Charter, according to which “*Conscious of its spiritual and moral heritage, the Union is founded on the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law. It places the individual at the heart of its activities, by establishing the citizenship of the Union and by creating an area of freedom, security and justice*”.

Probably the clearest case where the individual is set at “the heart of the EU activity” is the case of the protection of personal data which appears in

¹⁷ See: [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=13_4202&pageIndex=0&doclang=en&mode=](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=13_4202&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1195356)

[lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1195356](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=13_4202&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1195356).

¹⁸ To quote the Court of Justice in Case C-555/47 *Küçükdeveci* [2010] ECR I-365, para. 21. See E. MUIR, *The Fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges*, in *Common Market Law Review* 51, 2014, p. 223-226.

Article 8 of the Charter (together with Article 7 on protection of privacy) and in Article 16 TFEU, which empowers the EU to play a full legislative role with regard to this matter.

By requiring that each public intervention be it at EU or national level should be framed by law, necessary, proportionate and compatible with a democratic society, those articles have become the standard of reference of all measures which can have an impact on the liberties of the individual, as is the case with most measures linked with the area of Freedom, Security and Justice. It is worth recalling that the obligation of protecting personal data also covers the Member States (UK, IRL and DK) which have obtained a special status in the establishment of the FSJA as described in Title V of the TFEU.

In more general terms, the fact that EU public intervention should comply with the principles of a democratic society requires that the EU legislator should implement a consistent model of a democratic supra-national society by avoiding, for instance, the establishment of a regime of general surveillance. This is not a rhetorical question to judge from the post Lisbon CJEU jurisprudence¹⁹ and even some strong resolutions of the European Parliament denouncing an emerging regime of general surveillance²⁰.

From this perspective, the post-Lisbon emphasis on the rights of the individual can be considered a Copernican revolution as compared to the traditional EU pre-Lisbon approach where the verification of the necessity and proportionality of security measures was considered by the EU institutions and notably the Council of the European Union as being less compulsory with the result that there was a risk of overreacting to external and/or internal threats.

¹⁹ See the judgments of 8 April 2014 in Case C-293/12 *Digital Rights Ireland Ltd* ECLI:EU:C:2014:238 and of 6 October 2015 in Case C-362/14 *Schrems v Data Protection Commissioner* ECLI:EU:C:2015:650 as well as the judgment in Joined Cases C-203/15 and C-698/15 *Tele2 Sverige AB and Tom Watson and Others* ECLI:EU:C:2016:970 of 21 December 2016 which strengthened the protection of EU citizens against public security policies which are not focused and proportionate.

²⁰ See the European Parliament resolution of 12 March 2014 on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs (2013/2188(INI)).

2.3. Overcoming the EC-EU dualism and some of the institutional problems of the FSJA.

The content of the EU policies being under the main influence of the institutional actors associated with their definition and implementation, it is worth recalling that the main innovation of the Lisbon Treaty was to merge in a general supranational common regime also the policies which had previously been managed in accordance with an intergovernmental approach, and so abandoning the so-called three-pillar approach defined by the Maastricht Treaty.

At that time, the European Community Treaty (EC) (first pillar) covered internal-market related policies whilst the policies falling within the “intergovernmental” framework were external security (second pillar) and internal security (third pillar). The two institutional frameworks were substantially different: whereas under the Community method the EU institutions played their full role under the control of the Court of Justice, under the intergovernmental method decisions were taken unanimously by the Council, whilst the European Parliament, the Court of Justice and the Commission were given no role, or rather a very limited one.

The Lisbon Treaty overcome in principle this dualism by merging two legal personalities: first, of the European Community (as provided in Article 281 TEC) and, second, of the European Union as resulting from its treaty-making power provided for in Article 24 of the former TEU (which was used for some important EU agreements notably with the USA in the fields of judicial and police cooperation)²¹.

As a first consequence, at international level there is now a single EU legal personality and a single procedure to negotiate international agreements. Moreover most EU international agreements require the consent of the European Parliament, which in all cases should be “fully and timely informed” during all the negotiations (Art. 218(11) TFEU).

If we turn to the internal EU framework, it can be seen that the Lisbon Treaty removes the “pillar” structure notably for the so-called “third pillar”, which after Amsterdam still covered police and judicial cooperation in criminal matters. However, the former “second pillar” covering common foreign and security policy still survives as a domain of intergovernmental

²¹ Suffice it to recall the EU-US Treaties on Extradition and on judicial cooperation in Criminal Matters as well as the Executive agreements on PNR and on TFTP.

cooperation with “specific” rules and procedures (and excludes the possibility of adopting EU legislation).

After Lisbon all the policies traditionally linked with the FSJA are now subject to the general rules linked to the Community method:

1. The Lisbon Treaty gives full jurisdiction to the Court of Justice over the whole FSJ Area²².

The EU’s and Member States’ measures in this area are now subject to the powers of control by the Commission and the Court of Justice over the proper implementation by Member States of FSJA legislative acts²³, which should be considered a basic condition for the implementation of the rule of law by the EU itself.

After Lisbon the role played by the Court of Justice in the FSJA and in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights should not be underestimated, notably with regard to data protection, transparency, asylum, borders and judicial cooperation in criminal matters.

It is worth recalling that the intervention of the Court of Justice can be more easily triggered by EU citizens and notably by the European Parliament, which has brought several cases before the Court of Justice directly or indirectly connected with the FSJA.

Quite importantly the CJEU now has full jurisdiction also with regard to international agreements covering the FSJA policies and not only a Member State, the Council or the Commission but also the European Parliament “... *may obtain the opinion of the Court of Justice as to whether an agreement envisaged is compatible with the treaties. Where the opinion of the Court is adverse, the agreement envisaged may not enter into force unless it is amended or the Treaties are revised*” (Art. 218(11) TFEU). After Lisbon, the Opinions on the accession of the EU to the European Convention on Human Rights (2/13) and the EU-Canada Agreement on PNR also enabled

²² There is, however, an exception, provided for in Article 276 TFEU, as concerns Chapters 4 and 5 on judicial cooperation in criminal matters and police co-operation. The Court of Justice has ‘no jurisdiction to review the validity or proportionality of operations carried out by the police and other law-enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security.

²³ Albeit a five years transitional period ending on 1 December 2014 was foreseen for the EU measures concerning police cooperation and judicial cooperation in criminal matters adopted before the entry into force of the Lisbon Treaty.

the Court of Justice to highlight the new post-Lisbon Constitutional framework.

2. The principle of primacy of EU law on national law is applicable also in sensitive domains such as criminal law.

Even in the sensitive fields of police cooperation and judicial cooperation in criminal law the Court of Justice has confirmed its doctrine of the primacy of EU law, notably by the *Melloni* judgment²⁴. That case was referred to the Court of Justice by the Spanish Constitutional Court, which considered on the basis of Article 53 of the EU Charter of Fundamental Rights that a Member State may apply the standard of protection of fundamental rights guaranteed by its constitution when that standard is higher than that deriving from the Charter and, where necessary, to give it priority over the application of provisions of EU law. The CJEU answered that that interpretation of Article 53 of the Charter would undermine the principle of the primacy of EU law “...which is an essential feature of the EU legal order” so that “... rules of national law, even of a constitutional order, cannot be allowed to undermine the effectiveness of EU law on the territory of that State...” (*Melloni*, paras 58-59). It has to be noted that, recently, the CJEU followed a less drastic approach with the Italian Constitutional Court in the so-called “*Taricco I and II*” cases²⁵ where the Court of Justice recognised a wider margin of appreciation on the part of the national Constitutional Court²⁶.

Leaving aside these exceptional cases, the new EU Directives dealing with criminal law (unlike the pre-Lisbon Framework Decisions) may now also have direct effect in the Member States if their provisions are clear and precise and unconditional.

²⁴ See: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=268781>.

²⁵ See Cases C-105/14 on September 8 2015 and C-42/17 on December 5 2017 and C. AMALFITANO, O. POLLICINO, *Two Courts, two Languages? The Taricco Saga Ends on a Wor-rying Note*, <https://verfassungsblog.de/two-courts-two-languages-the-taricco-saga-ends-on-a-worrying-note/>.

²⁶ In case M.A.S. & M.B (judgment of 5 December 2017, Case C-42/17) the Grand Chamber of the CJEU answered the question referred for a preliminary ruling by the Italian Constitutional Court concerning the connection between the internal principle of legality in criminal matters and EU law. Afterwards, the Italian Constitutional Court replied, with judgment no. 269/17, by taking a stance over the primacy of EU law. See R. DI MARCO, *The “Path Towards European Integration” of the Italian Constitutional Court: The Primacy of EU Law in the Light of the Judgment No. 269/17*, in *European Papers* 3, 2018.

3. The principle of conferral according to which the EU is competent only for the missions foreseen by the Treaties (see Art. 5 TEU) and which defines the type of the EU competence (exclusive, shared or supporting)²⁷ is also applicable to the FSJA.

The latter is considered a “shared competence” (Art. 4(2) TFEU) but the Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not yet exercised its competence (the so-called “pre-emption principle” enshrined in Art. 2(2) TFEU) but when the EU adopts an act it becomes a EU exclusive competence.

However this growing role of the EU is limited by a general and a specific limitation.

The general limitation is contained in Protocol 25 which makes it clear that the new EU exclusive competence covers only those elements governed by the Union act in question and not the whole area, which, as a consequence, can still be covered by the national legislation.

The FSJA “specific” limitation is stated notably in Art. 4(2) TEU according to which the EU shall respect the “... *essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State*” (Art. 4(2) TEU)²⁸.

The specific FSJA limitation is also confirmed by Article 67(1), according to which the FSJA has to be developed while respecting “*the different legal systems and traditions of the Member States*”.

However is not always self-evident how these “limitations” can be respected.

If national “internal” security is an exclusive competence of the Member States, what are the limits of the shared competence vis-à-vis EU “internal” security? How can the EU build above it an “internal” security area with specialised structures such as the Committee for Internal Security (Art. 71 TFEU) and agencies such as Europol (Art. 88 TFEU) and Eurojust (Art. 85 TFEU)?

²⁷ The Treaty has reworded some of the previous legal bases in order to better define the competences at national and supranational level.

²⁸ National security is not only an exclusive competence of the Member States but even the Court of Justice “... shall have no jurisdiction to review the validity or proportionality of operations carried out by the police or other law-enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security” (Art. 276 TFEU).

Since this Member State “exclusive” competence is an exception to the general rule of “shared” responsibility, it should be interpreted restrictively and the last word will be for the EU Court of Justice.

Following a pragmatic approach, the EU Antiterrorism Coordinator has considered that the notion of “national security” in the last sentence of Art. 4(2) covers notably the activities of the national intelligence and security services whose mission is to protect the essential structure of the State and not the generic law and order domain.

As for the other aspects of internal security which fall within the shared competence, it is worth noting that the compromise found at EU level between security and freedom of the individual may not correspond to the choices made at national level and this could be the source of tensions which will be able to be resolved only with the intervention of the Court of Justice.

4. The principles of subsidiarity and proportionality.

The principles of subsidiarity and proportionality are relevant in a domain of shared responsibility with the Member States (as is the case of the FSJA policies; see also Protocols 1 and 2, which associate national parliaments with this evaluation).

According to the principle of subsidiarity, “*The Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level*” (Art. 5(3) TEU).

However, to make this judgement in the case of FSJA policies is not easy because the EU should have sufficient and comparable information about the existing situation in the Member States²⁹ as well as a credible idea of what could be the impact of the measure envisaged at EU level.

In a field where EU competence is quite recent and which is still jealously protected at national level, this information is not easy to be found

²⁹ For instance in its Communication, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law /* COM/2011/0573 final, it is stated that: “To establish the necessity for minimum rules on criminal law, the EU institutions need to be able to rely on clear factual evidence about the nature or effects of the crime in question and about a diverging legal situation in all Member States which could jeopardise the effective enforcement of an EU policy subject to harmonisation. This is why the EU needs to have at its disposal statistical data from the national authorities that allow it to assess the factual situation” (emphasis supplied).

and when found, not easy to compare so that the EU institutions have been obliged to start almost from scratch and establish general and specific obligations for the Member States to supply the information needed for the new EU policies. A clear example of a general obligation is afforded by Regulation (EC) No 862/2007³⁰ on European statistics on migration and international protection. According to a recent Commission Report³¹, this Regulation together with Regulation (EU) No 1260/2013 and related implementing measures has resulted in clear improvements in terms of data availability, completeness, quality and timeliness but has also triggered a further need of information on the part of the EU legislator³². Indeed, the Commission has submitted to the European Parliament and the Council a proposal amending Regulation (EC) No 862/2007 which could provide statistics in those areas where stakeholders have expressed clear needs such as: returns (higher frequency and more mandatory disaggregations), resettlement, intra-EU mobility, newly-granted permanent/long-term residence permits, family reunification with beneficiaries of protection, children immigration...

Information is essential not only for the legislator but, when publicly available, also for the purpose of raising the awareness of EU citizens and the media. The proof is that the internet pages publishing EU data on migration have for years been the most consulted and so make possible civic participation in the national and European public debates in these areas.

5. The principle of sincere cooperation and loyalty between the EU and the Member States and between the EU institutions (Articles 4(3) and 13(2) TEU).

According to Article 4(3) TEU, *“The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obliga-*

³⁰ Regulation (EC) No 862/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on Community statistics on migration and international protection (OJ L 199, 31.7.2007, p. 23).

³¹ See the latest Commission Report COM(2018)0594 of 16 August 18.

³² From this perspective, on 16 May 2018 the Commission submitted to the EP and the Council a proposal (COM (2018) 307 final.) amending Regulation (EC) No 862/2007 which could provide statistics in those areas where the stakeholders have expressed clear needs such as: returns (higher frequency and more mandatory disaggregations), resettlement, intra-EU mobility, newly granted permanent/long-term residence permits, family reunification with beneficiaries of protection, children immigration,...

tions arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union. The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives".

In the FSJA domain these principles are of crucial importance and even more strategic than in the case of the internal market related policies because in the FSJA a proactive role of the national public administration is essential, not only to transpose EU law, but also to preserve the common goods of human mobility, security and dignity both at the supranational and the national level.

This common mission raises the question of the way in which the national administrations play their tasks in these areas also in their capacity as "EU officials".

This applies in particular to national judges, law enforcement authorities, and, more generally, national public bureaucracy. Needless to say, to play this EU role national administrations should be properly trained, even if this is not always the case. Quite surprisingly, even today there is not yet a formal obligation on Member States requiring national judges to know EU law even though almost all national judges have a role to play in protecting EU citizens.

The principle of sincere cooperation and loyalty should, according to Article 67 TFEU take account of national traditions" and in some cases this requirement is not easy recognisable. The fact is that notably in the security arena the Ministers of Interior ask the EU to play roles that may be controversial at national level [the clearest cases have been the Directive on Data Retention adopted in a very short time under the pressure of the UK Presidency in the second half of 2005 and the executive agreements negotiated in 2004 and 2007 with the USA on the passenger name record (PNR)]. The establishment of ambitious objectives requires a closer interaction between the supranational and the national level and this, paradoxically, will inevitably set aside "national practices" so as to preserve the consistency and efficiency of the new EU common policies.

The plainest example of an emerging role for the EU is the so-called "integrated border management" provided for in Article 77 TFEU: it would hardly be possible to grant the same level of protection if each Member State were to follow different standards or "traditions" for its own section of the border.

This principle is extremely important in an area where mutual trust should frame the daily interaction between the European administration

and the national administrations. Otherwise, the mutual recognition of a national measure by the other Member States could be hampered (this could happen with the “European Arrest Warrant” or the “European Investigation Order”, which are labelled “European” but are formally “national”).

6. As a complement of the last-mentioned principle, the Treaty has also strengthened the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications (Art. 80 TFEU)³³ in the FSJA for the EU “common” policies on borders (Art. 77 TFEU), asylum (Art. 78 TFEU) and migration (Art. 79 TFEU).

As stated in Regulation (EU) No 2016/1624 on the European Border and Coast Guard “... *Member States retain the primary responsibility for the management of their external borders in their interest and in the interest of all Member States...*” (recital 6, emphasis supplied).

The emergency mechanism framed by the EU to support a Member State which could be under exceptional pressure is also consistent with the principle of solidarity.

This is in particular the case foreseen by Article 78(3) TFEU where one or more Member States are confronted with an emergency situation characterised by “*a sudden inflow of nationals of third countries*”. In this case the Council may adopt provisional measures for the benefit of the Member State(s) concerned.

It is noteworthy that the Court of Justice considered for the first time in Joined Cases C-643/15 and C-647/15 *Slovakia and Hungary v Council* that Article 78(3) TFEU enables the EU institutions to adopt “... *all the provisional measures necessary to respond effectively and swiftly to an emergency situation characterised by a sudden inflow of displaced persons. Those measures may also derogate from legislative acts provided, in particular, that their material and temporal scope is circumscribed and that they have neither the object nor the effect of replacing or permanently amending legislative acts...*” (emphasis supplied).

³³ Article 80: “The policies of the Union set out in this Chapter and their implementation shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States. Whenever necessary, the Union acts adopted pursuant to this Chapter shall contain appropriate measures to give effect to this principle”.

This is the first and for the time being the only case where the Court of Justice has accepted that an administrative measure could suspend the impact of a legislative act without the consent of the European Parliament, which could be considered a dangerous precedent³⁴.

Another example of a specific solidarity mechanism is Article 222 TFEU, which applies in case of terrorist attacks or natural disasters³⁵. From the same perspective, EU legislation on borders, asylum and migration increasingly provides for detailed measures and procedures in order to detect potential risks and intervene in case of emergencies.

These “alert” and intervention systems are triggered by reports adopted under the responsibility of EU Agencies such as Frontex for the external Borders, EASO for asylum or EUROPOL in case of an emerging threat to be dealt with under police cooperation or ECHO (a specialised Commission Service responsible for supporting Member States when civil protection is at stake, which will soon be replaced by a fully fledged Civil Protection Mechanism).

7. The principle of “indirect administration”, whereby the responsibility for implementing and applying EU law belongs primarily to the Member States (Art. 4(3), 2nd subparagraph, TEU, and Art. 291(1) TFEU), also applies in the case of the FSJA, but with some important specificities.

As has been abundantly shown over the years by Schengen cooperation, sharing the same objectives and duties requires not only a common legal framework but also a high level of administrative, organisational and financial integration so as to overcome the difficulties arising from the coexistence of 28 different administrative cultures, tools and regulations.

To do so and to foster police and judicial cooperation, the Treaty itself provided the legal basis for two security-related agencies (EUROPOL and EUROJUST) and a European Public Prosecutor. Moreover, since Amsterdam the EU legislator has created several new EU Agencies such as FRONTEX, ENISA, EASO, FRA, The European Observatory of Drugs and EU-LISA (which is in charge of the management of EU-wide databases such as SIS, VIS, EURODAC and in the near future ESTA and the Entry-Exit database).

³⁴ A different solution requiring the change of the legal basis to Art. 78(2) by preserving in the meantime the impact of the contested decision would have probably been sounder.

³⁵ Arts 196, 214 on Civil Protection and Art. 222 of the TFEU on the solidarity clause.

Common networks have also been developed giving the possibility of interconnecting national security related databases such as the PRUM System, ECRIS, and the EU-PNR.

Europol and Eurojust have also established their own security-related databases where the national information can be accessed under specific conditions.

Last but not least, operational solidarity could also be supported by financial means accessible through the European Funds on Borders and Security as well as by some EU Agencies (Frontex, Europol). Examples of integrated administration are also the joint intervention teams, emergency procedures³⁶ to counter internal and external threats³⁷.

Furthermore, to strengthen the mutual trust between the Member States which is essential when protecting the same external border or being part of the same area of justice, the Treaty provides for a “mutual evaluation” mechanism which can cover all the policies in Title V (Art. 70 TFEU). This mechanism also provides for the association of the European Parliament and the national parliaments, which may explain why until now it has covered only Schengen Cooperation³⁸.

8. The so-called “flexibility clause” contained in Article 352 TFEU whereby the EU institutions can adopt measures which are not foreseen by the Treaty but are needed to reach one of its objectives (the so-called

³⁶ See the judgment in Joined Cases C-643/15 and C-647/15 *Slovak Republic, Hungary v Council* ECLI:EU:C:2017:631 on Decision (EU) 2015/1601 dealing with provisional measures in the area of international protection for the benefit of the Italian Republic and the Hellenic Republic and emergency situation characterised by a sudden inflow of nationals of third countries to certain Member States.

³⁷ See the Council's measures dealing with Integrated Political Crisis Response Arrangements and Solidarity Clause Implementation.

³⁸ See Council Regulation (EU) No 1053/2013 of 7 October 2013 establishing an evaluation and monitoring mechanism to verify the application of the Schengen acquis, OJ L 295, 6.11.2013, p. 27. With the informal agreement of the EP the Council unanimously agreed that the general Schengen “evaluation mechanism” should remain a “peer evaluation” exercise, based on Article 70 TFEU, with Commission involvement. Evaluations would cover all aspects of the Schengen *acquis*, including the absence of border controls at internal borders. Multiannual and annual evaluation programmes would be established by the Commission, and include both announced and unannounced on-site visits. Frontex should make annual risk analyses, and submit recommendations accordingly. In case of deficiencies, the MS concerned will be required to submit an action plan to remedy it. See the text here: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013R1053>.

“implicit powers”) is also applicable in the FSJA but the Treaty has also foreseen some “evolutionary” clauses specific to this area.

Pursuant to the third subparagraph of Article 83(1) TFEU, the Council with the consent of the European Parliament may identify a new area of crime for definition other than the ones already listed in the second subparagraph (*terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime*). Under Article 86 (4) TFEU, the European Council acting unanimously and with consent of the EP may extend the powers of the European Public Prosecutor’s Office to include serious crime having a cross-border dimension.

9. Last but not least, the principle of democracy has been strengthened because, as in the case of the “traditional” policies of the EU, FSJA legislation has now to be adopted by the ordinary legislative procedure (co-decision) involving a qualified majority vote in the Council (including those are where before the Lisbon Treaty the Parliament was only consulted or merely informed).

Abandoning unanimity in the Council was not easy and was made possible, on the one hand, by preserving the possibility for Member States to launch a legislative initiative without the “filter” of the Commission (but the initiative should be submitted by at least a quarter of the Member States - Art. 76 TFEU) and, on the other hand, by allowing a Member State to block the adoption of a legislative measure if it considers that the text would affect fundamental aspects of its criminal justice system.

In such case, the proposal is referred to the European Council, which has three months in which to find a solution. If it fails to do so the measure will not be adopted, but if at least nine Member States wish to adopt it this could happen under an “enhanced cooperation” procedure without the intervention of the Commission (as foreseen for enhanced cooperation in the relevant section of the Treaties).

The EU decision-making process has also been further democratised by giving the possibility to the national parliaments of playing an enhanced role in assessing the observance of the subsidiarity principle in the areas of judicial co-operation in criminal matters and police cooperation (Article 69 TFEU), in evaluating the implementation of the Union’s policies (Art. 70 TFEU), in being periodically informed by the Committee for the Internal Security strategy (Art. 71 TFEU), in evaluating Eurojust’s activities (Art.

85(1), 3rd subpara., TFEU) and in scrutinising Europol's activities [Art. 88(2), 2nd subpara., TFEU]. Those provisions complement and strengthen the national parliaments' role as provided for in Article 12 TEU and the Protocols on the application of the principles of subsidiarity and proportionality³⁹.

2.4. When general rules have an exception: opt-out/opt-in countries and enhanced cooperation.

An important exception to the generalisation of the ordinary regime for the FSJA policies is the fact that even after Lisbon, Denmark, Ireland and the United Kingdom continue to benefit from a special opt-out/opt-in regime under Protocols to the Treaties. Needless to say, this special status is due more to political reasons than to objective reasons connected with these countries' situation. As a result of this special status also the nationals of these countries are not subject to the same obligations or enjoy the same protection as the EU citizens of the other Member States⁴⁰.

However, the opt-out Countries have accepted that the other EU countries can advance in some domains under a species of "enhanced cooperation".

³⁹ In the field of FSJ, national parliaments have to be informed, as is also the case for the European Parliament, of the content and results of the evaluation system of the implementation of FSJ policies by Member States. This system is to be put in place by the Council (Art. 70 TFEU). National parliaments will also participate, together with the European Parliament, in a scrutiny procedure of Europol's activities to be laid down by a regulation adopted under the ordinary legislative procedure (Art. 88(2), 3rd subparagraph, TFEU). The same will apply to their involvement in the evaluation of Eurojust's activities (Art. 85(1), 3rd subparagraph, TFEU).

⁴⁰ For the same political reasons (the special status of UK, IRL and DK) the provisions concerning passports, identity cards, residence permits or any other such document which before Lisbon were included under citizenship title are now also subject to the opt out/opt in system, as is the legal basis enabling the Council to adopt by QMV measures on the freezing of assets to fight terrorism and related activities, which was to be inserted into the general provisions of the FSJ Title (Art. 75 TFEU) instead of the Chapter on capital and payment (this opt-out will not be possible for Ireland, which will participate in the adoption and in the implementation of such measures on the same basis as the other Member States).

On paper the three countries can still at any moment draw to an end their special status but the opposite is true. UK has even triggered a general BREXIT, Ireland maintains its exceptional status (which was justified by the Common Travel Area with the UK) even after BREXIT and Denmark decided in 2015 by referendum even to opt-out from Europol.

The first and still most important case is the Schengen Cooperation⁴¹, which covers the external borders policy, some aspects of irregular migration as well as some aspects of police cooperation. As mentioned above, Schengen Cooperation has been strengthened and its governance has been updated to take into account the post-Lisbon situation.

Thanks to the Schengen cooperation, the EU has now the European Border Guard, the first form of an integrated national/supranational border management (IBM). It is worth noting that the UK has tried to profit by some of the recent improvements of the Schengen system (notably for security purposes) but, confronted with the refusal of the Schengen States, it challenged some of the Schengen measures before the Court of Justice.

The latter rejected the UK request by holding that that all proposals and initiatives to build upon the Schengen *acquis* must be consistent with the provisions they implement or develop.

To preserve the coherence of the Schengen *acquis* the CJEU and avoid cherry picking by the opt-out/opt-in countries, the Court of Justice also stated that the Schengen States “*are not obliged, when they develop it and deepen their closer cooperation, to provide for special adaptation measures for the other MS which have not taken part in the adoption of the measures relating to earlier stages of the acquis’ evolution*”⁴².

A similar situation was present at the end of the five years’ transitional period for the EU measures adopted in the area of police and judicial cooperation in criminal matters before the entry into force of the Lisbon Treaty. Again, thanks to a specific protocol, the UK was given the possibility to opt-out from all these measures and of re-opting in only to some of them provided that the consistency of the policy concerned was preserved.

⁴¹ The Schengen Area gradually expanded from the original five to include Italy (November 1990), Spain and Portugal (June 1991), Greece (November 1992), Austria (April 1995) and Denmark, Finland and Sweden, as well as Iceland and Norway (December 1996). The Czech Republic, Estonia, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovenia and Slovakia joined in December 2007, and the associated country Switzerland and thereafter Liechtenstein in 2008. Romania and Bulgaria await unanimous approval from the other Schengen members before they can join, while Cyprus has not completed preparations to join because of the island’s division. Overall the “Schengen Area” comprises the territory of 22 EU and four non-EU MS, in which more than 400 million citizens are able to travel without being subject to internal border controls. It covers a total area of 4.3 million km², has 42 673 km of external maritime borders, 7 721 km of external land borders and 1 792 external frontier checkpoints, including international airports.

⁴² Judgment in Case C-482/08 *United Kingdom v Council* ECLI:EU:C:2010:631.

3. Main texts adopted post-Lisbon and the persistence of intergovernmentalism in the FSJA.

3.1. Main FSJA texts adopted post-Lisbon.

Almost ten years after the entry into force of the Treaty of Lisbon and its undeniable constitutional advances, the Freedom Security and Justice Area is still far from becoming what it was supposed to be. Even if in quantitative terms this is still one of the most active areas covering 25-30% of the EU legislative activity, the outcome of this activism is rather limited and imbalanced compared to the ambitious targets set out in the treaties and only few of these policies have been upgraded to the new Lisbon Constitutional framework (following the so-called “Lisbonisation” process), with most of them still trapped in the previous political and institutional framework.

a) Protecting and promoting fundamental values and rights

In the last decade, the protection of EU founding values and fundamental rights in several EU Member States has been threatened not only because of exceptional or emergency situations (as it happened in the case of the mass influx of irregular migrants into Greece, where both the European Court of Human Rights and the Court of Justice considered that there was a systemic failure in respect of the granting of asylum⁴³).

But this could also be the outcome of a clear political choice made by national Governments with the support of a political majority in their Parliament through the adoption of legislation which could be against the EU founding values referred to in Article 2 TEU, thereby triggering the alert and sanctioning procedures provided for in Article 7(1) and 7(2) TEU.

Poland is the first country for which the “alert” mechanism has been formally triggered. On 20 December 2017, the Commission invoked⁴⁴ the Article 7(1) procedure for the first time, and submitted a reasoned proposal for a Decision of the Council on the determination of a clear risk of a serious breach of the rule of law. This is because the latest judicial reforms in Poland mean that the country’s judiciary is now under the political control of

⁴³ See, for the European Court of Human Rights, the *M.S.S.* judgment of 21 January 2011 condemning the automatic application of the Dublin Regulation by Member States for determining which Member State was responsible for examining the asylum application, and, for the CJEU also on the Dublin Regulation, the *N.S.* judgment of 21 December 2011.

⁴⁴ See the press release here: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm.

the ruling majority. According to the Commission, in the absence of judicial independence, serious questions are raised about the effective application of EU law, from the protection of investments to the mutual recognition of decisions in areas as diverse as child custody disputes or the execution of European Arrest Warrants. The European Parliament has already endorsed the Commission initiative.

While awaiting the Council's reaction to the Polish case, the European Parliament has voted in the plenary session in favour of a parallel Article 7(1) procedure against Hungary because of similar failures connected with the independence of the judiciary, corruption, freedom of expression and the rights of Roma and Jewish minorities and refugees⁴⁵.

These are the first two emerging cases involving the Article 7 procedure but it is abundantly clear that this procedure is too complex and politically difficult to be launched.

There are some initiatives both of the European Parliament and the Commission designed to overcome the current difficulties by establishing a permanent evaluation mechanism for all the EU Member States but for the time being the Council has not been particularly receptive⁴⁶.

However, recently the Court of Justice, which has only a secondary role in the Article 7 procedure, has opened up a new way to overcome the prob-

⁴⁵ See the Plenary adoption of the Sargentini Report: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0340&language=EN&ring=A8-2018-0250>.

⁴⁶ Both the Commission and the European Parliament (The European Parliament has adopted several resolutions on this subject. See the latest (adopted in 2016) here: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0283+0+DOC+XML+V0//EN>) are now convinced that a permanent evaluation mechanism on the protection and promotion of the rule of law should be established for all the EU Member States as a measure preventing violations (See the new Commission "Rule of Law Framework" here: https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/rule-law-framework_en). The Commission has now foreseen a periodic assessment of the quality of justice in the Member States in its so-called "European Semester" procedure covering the Member States activities relevant for the EU budgetary discipline. On the Council side, the only initiative taken is the decision of December 2014 to hold an annual political dialogue on the rule of law in order to promote and safeguard the rule of law in the framework of the Treaties as one of the key values on which the Union is based. The first dialogue took place in the Council (General Affairs) on 17 November 2015 and dealt with racism and discrimination; the second held in May 2016 focused on the challenges of the current migratory flows with the participation of the Director of the EU Fundamental Rights Agency; the third held on 17 October 2017 was on "Media Pluralism and the Rule of Law in the Digital Age".

lem of Member States violating EU values and fundamental rights in specific cases. This has been the case when the implementation of some freedom, security and justice area policies were at stake such as asylum⁴⁷, judicial cooperation in criminal matters and the rule of law principle⁴⁸.

As recalled above, the Court of Justice gave a major judgment on 8 April 2014 in Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland*. This ruling has also been taken in account in Council internal guidelines⁴⁹, which rightly recalls that according to the Court, EU measures “... *do not stand a serious chance of passing the legality test unless they are accompanied by adequate safeguards in order to ensure that any serious restriction of fundamental rights is circumscribed to what is strictly necessary and is decided in the framework of guarantees forming part of Union legislation instead of being left to the legislation of Member States. Moreover, the legislator should be able to demonstrate that it has explored alternative ways to attain the objectives pursued which would be less restrictive of the rights of the individuals concerned*” (emphasis supplied).

However, it is not self evident that these guidelines have been followed by the EU Co-legislators and that the principle of legal certainty and foreseeability of EU legislation has been taken in account in EU legislation.

⁴⁷ See judgments in *N. S. and Others*, C-411/10 and C-493/10, EU:C:2011:865, paragraphs 78 to 80).

⁴⁸ See the recent CJEU ruling on 25 July 2018 Case C-216/18 PPU on the independence of the judiciary in Poland: “(35). EU law is based on the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the European Union is founded, as stated in Article 2 TEU. That premiss implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised, and therefore that the EU law that implements them will be respected (judgment of 6 March 2018, *Achmea*, C-284/16, EU:C:2018:158, paragraph 34 and the case-law cited therein)”. (36) Both the principle of mutual trust between the Member States and the principle of mutual recognition, which is itself based on the mutual trust between the latter (see, to that effect, the judgment of 10 August 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, EU:C:2017:628, paragraph 49 and the case-law cited therein), are, in EU law, of fundamental importance given that they allow an area without internal borders to be created and maintained. More specifically, the principle of mutual trust requires, particularly as regards the area of freedom, security and justice, each of those States, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law (judgment of 10 November 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858, paragraph 26 and the case-law cited therein)”.

⁴⁹ See: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5377-2015-INIT/en/pdf>.

One of the most recent and controversial⁵⁰ cases was the EU Directive on Terrorism⁵¹.

Other initiatives at procedural level have been taken at European Parliament and European Commission level and a reference to fundamental rights has been inserted almost in all the measures dealing with the activities of the EU agencies operating in the FSJ domain but, taking in account the vocal critics of several civil society organisations, it is hard to prove that what is present on paper corresponds to the reality.

On a more positive note, it is worth recalling that, at the legislative level, the biggest achievement since the entry into force of the Lisbon Treaty was the adoption of the new EU legal framework for the protection of personal data as provided for in Art. 16 TFEU and Art. 8 of the EU Charter. The two main texts already into force are Regulation (EU) 2016/679 so called General Data Protection Regulation⁵² and the Directive (EU) 2016/680 with regard to the processing of personal data for public security purposes⁵³. These measures will soon be followed by a regulation on the protection of personal data by the EU institutions, agencies and bodies as well as by a specific directive dealing with protection of personal data in the electronic services (e-privacy).

By protecting individuals against all kinds of abuses from other individuals and from the public authorities at national and supranational level, this regulation is an important achievement both at European and international level as it also sets the standards for the transfer of personal data to third countries and notably the USA. Together with the ground-breaking post-Lisbon jurisprudence in this area, it set a strong basis also for the “Lisbonisation” of most of the EU legislation in the FSJA, which has an impact on the individual (and this irrespective of the opt-in/out of the UK, IRL and DK).

The Lisbon Treaty has also strengthened the legal basis for protecting the right of the individual to have access to documents of the EU institutions, bodies and agencies (Art. 15 TFEU and Art. 42 of the EU Charter) by

⁵⁰ On the EU Directive on Terrorism, see: <https://free-group.eu/2017/02/15/the-time-has-come-to-complain-about-the-terrorism-directive/>.

⁵¹ See: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32017L0541>.

⁵² See: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>.

⁵³ See: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2016.119.01.0089.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC.

strengthening the role of participative democracy⁵⁴ notably in the ascending phase of the EU legislative procedures⁵⁵. Unfortunately the revision of the pre-Lisbon rules in this sphere (Regulation No 1049/01) is still blocked in the Council because of the strong resistance of the Council and of the Commission to implementing the EU principles.

The only real progress made in this domain is due mainly to the CJEU jurisprudence, which has taken seriously into account the new post-Lisbon framework, which requires that not only the votes but also the legislative debates should be public, Art. 15(3) TFEU, both in the European Parliament and in the Council so that the position of the different national delegations may be known⁵⁶ as well as the information related to the foreseeable impact of a legislative procedure⁵⁷. An important ruling has been recently adopted by the General Court considering that the documents shared during the so-called “legislative trilogues” should also be accessible as legislative documents despite the “informal” character of these interinstitutional meetings⁵⁸.

Unfortunately, similar progress towards transparency have not been made for access to information/documents connected with the implementation phase of EU legislation as the CJEU has recognised that a general presumption of confidentiality could cover the documents exchanged between the Commission and the Member States in the pre-legislation phase⁵⁹ even if that is the moment when the rights and obligations of EU citizens take shape.

Another weak point of the EU legislation which is liable to affect not only the EU Citizens but also the European Parliament itself in the FSJA is the treatment of classified information (confidential, secret and top secret documents). The legal framework is very poorly defined by Article 9 of

⁵⁴ See also Arts 10 and 11 TEU which establish that “[d]ecisions shall be taken as openly and as closely as possible to the citizen” and that both citizens and representatives should be given opportunities to “make known and publicly exchange their views in all areas of Union action”.

⁵⁵ Which were already the main subject of a seminal ruling of the CJEU in Joined Cases C-39/05 P and C-52/05 P *Sweden and Turco v Council* EU:C:2008:374.

⁵⁶ See T-452/10 *ClientEarth v Council* ECLI:EU:T:2011:420.

⁵⁷ See the CJEU ruling of 4 September 2018 in Case C-57/16 P *ClientEarth v European Commission* ECLI:EU:C:2018:660.

⁵⁸ See *De Capitani v European Parliament* Case T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167.

⁵⁹ See the judgment of 11 May 2017 in C-562/14 *Sweden v Commission* ECLI:EU:C:2017:356 dealing with the so-called EU Pilot Procedure.

Regulation No 1049/01 and the real standards applicable to the access/exchange of this information are the ones defined in the internal security regulation of the Council, which mirrors NATO standards.

Quite bizarrely, the rules on the EU Official Journal are not defined on the transparency legal basis but on “implicit powers”.

Another legislative procedure giving specific expression to a fundamental right which has an impact on the FSJA (even if is not provided for in Title V TFEU) is a proposal for a new directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation⁶⁰. The text has been blocked in the Council since 2008 (mainly because of a strong reservation of the German delegation). To partially cover this domain the Commission has adopted some non-binding recommendations on standards for equality bodies created in each Member State⁶¹.

b) Human mobility and protection of EU borders

Adopted on the basis of Article 77 TFEU, EU Regulation No 2016/1624 on the European Border and Coast Guard (EBCG) could be seen as a major evolutionary step and, at the same time, a revolutionary one in the relationship between the EU and its Member States not only insofar as it concerns the protection of EU borders, but also in the wider perspective of the establishment of an European area of Freedom, Security and Justice.

Its aim is legally to frame the question of human mobility and human

⁶⁰ The latest consolidated provisional text resulting from 10 years negotiation is the Council doc. 10045/18.

⁶¹ See the Commission document C(2018) 3850 final (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2_en_act_part1_v4.pdf). According to the Commission the Member States should ensure the independence of equality bodies through their administrative structure, budget allocation, procedures for appointing and dismissing staff and preventing conflicts of interest. They should make it possible for equality bodies to gather evidence and information. On functions: Member States should enable equality bodies to exercise their functions covered by their mandate. In particular, they should be able to provide independent assistance such as handling individual or collective complaints, providing legal assistance and representing victims or organisations in court. Further functions include independent surveys, reports, recommendations or promotion of equality.

Adequate resources and staffing: Member States should ensure equality bodies have the necessary human, technical and financial resources and infrastructure. Effective coordination and cooperation: Member States should provide the necessary conditions to ensure appropriate communication between equality bodies within the Member State across the EU, and internationally.

security in the post-Lisbon legal framework. Over thirty years after the first Schengen agreement, this regulation outlines, for the first time, at legislative level, the main “... *measures necessary for the gradual establishment of an integrated management system for external borders*” as required by Article 77 TFEU.

The generic term “measures” in the Treaty has already paved the way for the co-legislator to strengthen the general EU rules found in the Schengen Borders Code⁶² as well as within the EUROSUR⁶³ system by creating supra-national structures, such as FRONTEX⁶⁴, administrative networks and EU wide information systems⁶⁵. The aim of all such “measures” is to establish a stronger complementarity between the European and national levels.

The new regulation pushes this objective even further by widening the scope of the existing EU measures, announcing a fully-fledged integrated border policy, a multilevel national-European Border Guard, amending the Schengen Borders Code, and strengthening the FRONTEX coordinating role towards the national authorities dealing with border protection that operate in the so-called “hotspots” in search and rescue operations and in the return of illegal migrants.

The creation of “*an integrated management system for external borders*” has raised for the first time in serious terms the problem of the interdependence between all the national administrations and makes it evident that solidarity should not be linked to the “goodwill” of the participants but is the consequence of a shared responsibility where all the participants are responsible “*in solido*”. As such, it is probably the most important result to

⁶² Recently codified: Regulation (EU) No 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code), OJ L 77, 23.3.2016, pp. 1–52.

⁶³ See Regulation (EU) No 1052/2013 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosir), OJ L 295, 6.11.2013, p. 11–26.

⁶⁴ See Council Regulation (EC) No 2007/2004 of 26 October 2004 establishing a European Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders of the Member States of the European Union. The regulation has already been amended in 2007, 2011, 2013 and 2014. The current consolidated version can be found here: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:02004R2007-20140717>.

⁶⁵ See Regulation (EU) No 1077/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice, OJ L 286, 1.11.2011, p. 1–17.

date at EU level in the post-Lisbon decade and will probably be driving factor of future developments also for other complementary policies dealing with asylum, migration and even internal security.

c) The never-ending struggle for a Common EU Asylum Policy

Article 78 TFEU is the new EU legal basis of the asylum policy. Twenty years ago, the European Council in Tampere was already planning the establishment of a common European asylum system. In a first phase before Lisbon, some minimum rules were adopted, followed, in a second phase after Lisbon between 2009 and 2013, by several components of the system, which are currently under revision.

The main texts are:

1. a directive on the “procedures” to be followed when examining a request for asylum. It aims at fairer, quicker and better quality asylum decisions notably for most vulnerable people such as unaccompanied minors and victims of torture;

2. a directive on the “reception” conditions to be granted to asylum seekers (such as housing) across the EU, which states the fundamental rights to be protected by ensuring that detention is only applied as a measure of last resort;

3. a “qualification” directive which clarifies the grounds for granting international protection. It will also improve the access to rights and integration measures for beneficiaries of international protection;

4. but the stumbling block of the entire system is the revised “Dublin” Regulation, which defines the Member State which has to examine the request for asylum. In most cases, this is now the State of first entry of the refugee, as it was in the original Convention agreed between the EU Member States in 1990.

As the current system puts exceptional pressure on the Member States whose borders are also the external borders of the EU, there has been several unsuccessful proposals by the Commission and notably by the European Parliament for sharing this burden by relocating the asylum seekers notably in case of a mass influx of refugees, as was the case in 2015 at the height of the war in Syria⁶⁶.

⁶⁶ It would be sensible to replace the key principle of the “Dublin” Regulation on the competence of the first Member State of entry by the principle of the wish of the applicant. The principle is not new and was evaluated (and dismissed) by the European Commission it-

The Common European Asylum System will be completed by:

5. a European measure defining which third countries should be considered “safe”, thereby making it easier to examine asylum requests and decide on the return of people who do not qualify for international protection;

6. the revision of the EURODAC Regulation which requires the fingerprints of asylum seekers to be stored in a European Database (to avoid multiple requests for asylum by the same refugee). Under the current revision, law enforcement authorities would have access to the EU database in order to prevent, detect or investigate the most serious crimes, such as murder and terrorism.

It is not clear whether the third package of six legislative proposals will be adopted before the 2019 European elections by so framing the Common European Asylum System. If this is not the case, there is a clear risk of a major crisis spreading also to the other EU policies on borders and migration and to the FSJ itself.

d) A EU Migration policy still in the making

Article 79 TFEU is the ambitious new legal basis for EU migration policy. The current EU *acquis* deals notably with the issues of short- and long-term visas and with several measures to fight irregular migration. The most important text is the “return” directive, which was adopted already before the Lisbon Treaty, together with other measures against traffickers and smugglers of human beings and imposing sanctions on employers of illegally staying third-country nationals.

As regards visa policy, the EU has adopted a quite advanced legal framework and, following the example of some third countries such as USA, Australia and Canada, the EU is currently adopting a rather far-reaching strategy with the Travel Authorisation System (ESTA) for all third country nationals wishing to enter the territory of the EU and an ambitious system monitoring the presence on the EU territory of visa overstayers (the so-called “Entry-Exit” system).

Regular migration: like other developed economies Europe is trying to

self in 2001 when the so-called Dublin Regulation was presented. Already then, the Commission itself recognised that the principle of the first Member State to be entered could have been abandoned once the procedures for examining applications, the attribution of the status of refugee or of a person have subsidiary protection and the conditions for acceptable were harmonised as between the Member States.

attract workers with the skills it needs. It has done so by means of a number of measures, such as the “single permit” directive, which establishes a single application procedure to obtain the right to work and reside in the EU, and the “researchers” directive and the “Blue Card” directive, which target highly skilled migrants (as the changes in the skills required by the EU are expected to show more than a 20% increase before 2025 in the proportion of jobs employing higher-educated labour).

e) A still virtual Internal Security strategy

Several legal bases in the Lisbon Treaty make it possible to establish a consistent EU Internal Security policy from the strategic to the legislative and operational levels.

The first post-Lisbon Internal Security Strategy (ISS) covering the period 2010-2014 has been adopted on 10 March 2010⁶⁷. Its aim was “to establish a shared agenda on internal security that enjoys the support of all Member States, EU institutions, civil society and local authorities, and, interestingly enough, ...the EU security industry”⁶⁸.

As provided in Article 83 TFEU, the ISS was aimed at the most serious crimes such as “... terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime”.

The ISS was also in favour of the exchange of information between the EU Member States and the EU in accordance with the so-called “availability” principle, according to which each law enforcement authority should share with others the information needed, notably for joint operations.

The Council Strategy was followed by a Commission Communication called ISS Agenda⁶⁹.

These strategic documents have been recently updated by an EU

⁶⁷ The Internal Strategy Policy of the European Union: “Towards a European Security Model” was adopted by the Council on 25 and 26 February 2010 and approved by the European Council on 25 and 26 March 2010.

⁶⁸ S. CARRERA, E. GUILD, *The EU Internal Security Strategy and the Stockholm Programme: A Challenge to Rule of Law and Liberty in Europe*, <http://www.notre-europe.eu/media/tgae20114ccarreraguild-.pdf?pdf=ok>.

⁶⁹ European Commission (2010), *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council The EU Internal Security Strategy in Action: Five steps towards a more secure Europe*, 22 November 2010, COM(2010) 673 final.

Global Strategy for Foreign and Security Policy (EUGS), which also covers aspects of the Internal Security Strategy⁷⁰ and in 2015 by a Commission “European Agenda on Security”⁷¹, which is constantly updated by periodic reports adopted under the responsibility of Julian King, a recently appointed Commissioner for internal security who works in close cooperation with Commissioner Avramopoulos in charge of migration and home affairs.

The main weaknesses of all these documents is that they are not binding and are adopted without the participation of the European Parliament and, in all likelihood, of the national parliaments. They cover only activity at EU level with practically no reference to the situation on the ground in the Member States because of lack of data, which are in most cases inaccessible or unverifiable.

But the real weakness of this sector is that every Member State has its own approach to internal security also as far as democratic control is concerned.

In principle, the national administrations are accountable to their national parliaments and this explains why they did not share the data with the European Parliament and the Commission at least until the end of the five years’ transitional period after Lisbon in December 2014.

Unlike Schengen cooperation, which has been built from the bottom in each Member State since 1995 upon the entry into force of the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA), police cooperation is still fragmented, not only at EU level, but also even inside the Member States themselves (notably when organised at federal level). The only possibility for the EU to build a common platform is to take stock of the implementation at national level of the EU measures adopted before Lisbon and give

⁷⁰ The document notably states “... *The EU Global Strategy starts at home. Our Union has enabled citizens to enjoy unprecedented security, democracy and prosperity. Yet today terrorism, hybrid threats, economic volatility, climate change and energy insecurity endanger our people and territory. An appropriate level of ambition and strategic autonomy is important for Europe’s ability to promote peace and security within and beyond its borders. We will therefore enhance our efforts on defence, cyber, counterterrorism, energy and strategic communications. Member States must translate their commitments to mutual assistance and solidarity enshrined in the Treaties into action. The EU will step up its contribution to Europe’s collective security, working closely with its partners, beginning with NATO*”

⁷¹ See the European Commission Communication here: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015DC0185>.

the possibility to the National Administrations to cooperate on a voluntary basis on specific priorities listed in the so called “Policy Cycle” operational since 2010 under the coordination of Europol⁷².

f) A criminal justice area still in the making

Since the entry into force of the Lisbon Treaty, only a limited number of measures have strengthened some procedural⁷³ or victims’ rights⁷⁴. Most of the legislation has been focused on criminal sanctions and has been adopted on the basis of the relevant legal basis contained in Title V TFEU (Arts 82, 83, 85 and 86 TFEU) by strengthening the mutual recognition of national measures⁷⁵ and preventing⁷⁶ and fighting crime⁷⁷.

⁷² See: <http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/eu-policy-cycle-tackle-organized-crime/>.

⁷³ Quite importantly the Treaty provides in this case for the adoption of “minimum rules”, which does not prevent Member States from maintaining or introducing a higher level of protection for individuals.

⁷⁴ See the Directives on the right to information in criminal proceedings (2010/0215 (COD)) and the right to interpretation and translation in criminal proceedings (2010/0801 (COD)), the right of access to a lawyer in criminal proceedings and the right to communicate upon arrest - strengthening certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings - procedural safeguards for children suspected or accused in criminal proceedings - legal aid for suspects or accused persons deprived of liberty and legal aid in European arrest warrant proceedings - the European protection order (2010/0802 (COD)).

⁷⁵ See the mutual recognition of freezing and confiscation orders, the European protection order (2010/0802 (COD)) - the European Investigation Order in criminal matters - freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union - European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters.

⁷⁶ Exchange of information on third country nationals and European Criminal Records Information System (ECRIS) - Establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third country nationals and stateless persons (TCN) to supplement and support the European Criminal Records Information System (ECRIS-TCN system) - Use of Passenger Name Record data (EU PNR) - Retention of data processed in connection with the provision of public electronic communication services.

⁷⁷ Such as the Directives on trafficking in human beings - Sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography (repeal of Framework Decision 2004/68/JHA) - Combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism - Combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment - Attacks against information systems and repealing Council Framework Decision 2005/222/JHA - Minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, as regards the definition of the term “drug” - Countering money laundering by criminal law.

Criminal sanctions have also been adopted on the basis of the internal market legal basis⁷⁸, unfortunately in the absence of a general criminal law strategy for the EU.

In parallel with the adoption of internal measures, the EU has also concluded or it is currently negotiating international agreements with third countries or acceding to some of the Council of Europe's Conventions in this domain, such as the Convention on Terrorism and its protocol on foreign fighters⁷⁹.

Quite importantly, the EU has strengthened the role of EU agencies, such as EUROJUST, by taking into account the new post-Lisbon situation and has adopted via enhanced cooperation the regulation on the European Public Prosecutor⁸⁰. In an initial phase the latter will be competent for crimes affecting the EU financial resources but it has already been announced that in the coming years this EU Body will also be in charge of the prosecution of terrorism and other serious crimes, as foreseen already by Article 86 TFEU.

From a more general perspective, the EU is tacking stock of the work done in the criminal law field by the Council of Europe, which has adopted several Conventions which have been signed and/or ratified by almost all the EU Member States (such as the Budapest Convention on Cybercrime or the Convention on terrorism and its Protocol on foreign fighters).

It is worth recalling that the Council of Europe's expertise is essential also in the domain of the rule of law with the Venice Commission and in monitoring the quality of justice in the Member States.

⁷⁸ See the Directives on minimum criminal sanctions for insider dealing and market manipulation as well as the Directive of 11 July 2012 providing common definitions of offences against the EU budget as fraud or the misuse of public procurement procedures.

⁷⁹ See also the EU-USA agreement on the processing and transfer of financial messaging data (Terrorist Finance Tracking Program) (2010/0178(NLE)) – the first version of which was rejected by the EP – and the EU-USA agreement on transfer of Passenger Name Records (PNR) (2009/0187(NLE)) as well as the EU-Japan Agreement on mutual legal assistance in criminal law (2009/0188 (NLE)). In the same context, it is worth recalling that the European Parliament withheld its consent to the ACTA international agreement (2011/0167(NLE)), in particular because of the inclusion of criminal sanctions for violation of intellectual property rights, which it considered neither clearly defined nor proportionate.

⁸⁰ Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO') OJ, L 283, 31.10.2017, p. 1.

3.2. The persistence of intergovernmentalism in the FSJA.

As indicated in the previous paragraphs, almost ten years after the entry into force of the Lisbon Treaty, it appears that the EU Member States, either alone, or through the intergovernmental method, have continued to control FSJA, and therefore there is little coherent policy at the EU level, and to the extent that it does exist, it lacks transparency, participation of the European Parliament, and oversight of the European Parliament (i.e. democratic accountability).

There are a number of devices that have been used, notwithstanding the terms of the Lisbon Treaty, to increase Member State power in European governance, at the expense of the European Parliament. Although the tension between national sovereignty and supranationalism is endemic to European governance, in particular critical areas of state sovereignty such as internal security, it has intensified during the past years of crisis politics.

The main “devices” used by the EU Member States through the European Council and the Council to preserve the pre-Lisbon situation have been: (a) withholding essential information and lack of cooperation in the legislative, implementation, and executive process; (b) dissociating at EU level the different phases of the EU political cycle: strategy, legislation, and implementation; (c) circumventing the co-decision procedure and parliamentary input through the choice of the CFSP as a legal basis or other “creative” alternatives; d) empowering the EU agencies, which are creatures of the Member States, to exercise both executive and political functions⁸¹.

a) Withholding essential information and lack of cooperation in the legislative, implementation, and executive process

It is almost impossible to have a public policy without a consistent flow of comparable information of the situation on the ground in the different EU Member States.

This has become self-evident with the evolution of the EU's role after the Maastricht Treaty both in the economic domain after the launch of the EURO and in the area of freedom, security and justice.

Unfortunately, in the case of the FSJA, with the exception of Schengen cooperation, the evolution of the EU institutions' role has not been sup-

⁸¹ Needless to say, this situation would not had been possible without the support of the Commission and of the substantial retreat of the European Parliament itself.

ported by a permanent and structured “bottom-up” exchange of relevant information as there is for EURO governance.

Notwithstanding the Lisbon Treaty, interior and justice ministers are still not sharing information between themselves and with the EU institutions so that it is hardly possible to shape or correct EU policies in sensitive areas. This may also explain why even today the Commission finds it difficult to draw up a proper impact assessment⁸² in most of its legislative proposals dealing with the FSJA.

To overcome this, the EU has detailed in several legislative texts some specific obligations relating to sharing factual data with the Commission and with the other Member States, the most successful example being Regulation (EC) No 862/2007⁸³ on European statistics on migration and international protection (see above).

In the field of security, the situation is less satisfactory; even when the legislation laid down an obligation to share, data, access to the relevant information is not granted. A clear example is the implementation of the EU anti-terrorism policy, where the recent EU Directive against terrorism⁸⁴ was amended also to make more clear the obligation on the Member States already provided for by a pre-Lisbon Decision (Decision 2005/671/JHA) of sharing the “*relevant information gathered by its competent authorities in the framework of criminal proceedings in connection with terrorist offences*” so that it can be “*made accessible as soon as possible to the competent authorities of another Member State where the information could be used in the prevention, detection, investigation or prosecution of terrorist offences as referred to in Directive (EU) 2017/541, in that Member State, either upon request or spontaneously, and in accordance with national law and relevant international legal instruments*”.

This being the case it also becomes impossible for the European Commission to prepare impact assessments for the future legislation not to speak of the European Parliament, which lacks any direct contact with the national administrations acting on the ground.

⁸² The latest case has been the Directive on Terrorism which succeeded to the 2002 Framework Decision on the same subject but whose impact has never been properly evaluated.

⁸³ Regulation (EC) No 862/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on Community statistics on migration and international protection (OJ L 199, 31.7.2007, p. 23).

⁸⁴ Directive (EU) 2017/541 of 15 March 2017 on combating terrorism - OJ L 88, 31.3.2017, p. 6.

Furthermore, in several cases security related information could come from national police and intelligence sources and could not be easily shared, even though some basic instruments have been adopted (such as the PRUM Decisions and the so-called “Swedish Initiative” dealing with the access to national intelligence services.)

Even the European Agencies such as EUROPOL or FRONTEX, where almost all the Member States are represented (with a special status for DK, UK and IRL) and which have the task of monitoring the situation in the Member States, have been obliged to develop their system of collecting intelligence data in order better to understand the real scope of a problem or of a threat on the ground.

In order partially to overcome this lack of basic information, the EU institutions are also turning towards the collection of all the available data in the EU security related databases⁸⁵ created as implementing measures of EU legislation. This activity will be easier with the creation of a computerised central repository for reporting and statistics that will be hosted by eu-LISA.

This repository will contain anonymised data extracted from EURO-DAC, SIS, VIS and upcoming ETIAS and EES, which may also be used in the production of European migration statistics.

b) Disconnecting the different phases of the EU political cycle: strategy, legislation, and implementation

It is a matter of common sense that for a given public policy, strategy, legislation and implementation should be consistently linked and this may explain why after Lisbon the European Council has to “*define the strategic guidelines for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice*” (Art. 68 TFEU).

However, this solution has proved to have several weaknesses.

First, the European Council has no legislative powers so that it is hardly acceptable for the European Parliament as co-legislator (with the Council) to be bound by the European Council’s conclusions. It would be wise for

⁸⁵ The declared aim is to grant their interoperability, even if each database has been established for its specific purposes which can only be modified by law and consistently with the principles of data protection. Needless to say, this approach has been strongly criticised by the European Data Protection supervisor as well as by civil society. A very critical observatory of all the interoperability-related measures has been established by Statewatch. See <http://www.statewatch.org/interoperability/eu-big-brother-database.htm>

the European Council to associate the European Parliament⁸⁶ with its deliberations, but this happened only with the “Stockholm Program”⁸⁷ adopted by the European Council immediately after the entry into force of the Lisbon Treaty and covering the period 2010-2014. On other occasions the European Parliament has submitted to the European Council some recommendations, notably dealing with the Anti-Drugs Strategy and the 2008 Pact on Migration, but no real dialogue ever took place with the result that the relationship between the two institutions is unsatisfactory. In some cases this lack of dialogue between the European Council and the European Parliament is surreal because it happens very often that the two major EU Institutions define diverging strategies on the same subject (see migration and asylum policies) and there is no way to bring them closer.

The second weakness is the fact that the European Council works by consensus and since the enlargement to 28 Member States this has become almost impossible given their differences in interests, size, administrative culture, and diverging political orientation. This may explain why the European Council has progressively lowered its ambitions in the FSJA domain, particularly in 2014⁸⁸ when it limited itself to the adoption of generic guidelines⁸⁹.

In a recent mid-term review of these guidelines (doc 15224/17 of 1 December 2017), the Council Presidency recognised, albeit in a diplomatic way, that “... *consistent transposition, effective implementation and consolidation were the overall priority for the area of freedom, security and justice.*

⁸⁶ See the EP Resolution of 25 November 2009 on ‘the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizen – Stockholm programme’ (OJ C 285 E, 21.10.2010, p. 12).

⁸⁷ See the text here: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.115.01.0001.01.ENG.

⁸⁸ See: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2079%202014%20INIT#page=2>.

⁸⁹ According to these Guidelines: “*Building on the past programmes, the overall priority now is to consistently transpose, effectively implement and consolidate the legal instruments and policy measures in place. Intensifying operational cooperation while using the potential of Information and Communication Technologies’ innovations, enhancing the role of the different EU agencies and ensuring the strategic use of EU funds will be key. 4. In further developing the area of freedom, security and justice over the next years, it will be crucial to ensure the protection and promotion of fundamental rights, including data protection, whilst addressing security concerns, also in relations with third countries, and to adopt a strong EU General Data Protection framework by 2015*”.

However, it is fair to say that the quality of our legislation in this area and its consistent implementation demand more attention at both national and European level (...) Full use should be made of the tools provided by the Treaty, in particular Art. 70 TFEU which is not exploited to its full potential (...) Addressing implementation gaps through monitoring, evaluation and training would in turn influence in a positive manner the development of our legislation. In this endeavour, enhanced interaction with practitioners and legal professions should be encouraged as these communities are aware of practical difficulties on the ground. The operational role of EU agencies should be further developed, particularly as regards the European Asylum Support Office and the Fundamental Rights Agency (...) Data protection, conflict-of-law rules, protection of financial interests of the Union, rule of law issues dealt with in Justice and Home Affairs circles are linked to many other policy areas. Consistency and coherence are becoming major challenges and policy responses increasingly need to provide coherent solutions across various fields, which also need to be reflected in the EU's external policies (...) Finally, no serious attempt at codification seems to have taken place since 2014. We should at least consider how we could streamline our legislative corpus, the complexity of which greatly impairs its proper implementation (...) Establishing or improving links between policies, adjusting internal and external objectives, properly addressing fundamental ethical questions and generally thinking global is called for by the very nature and impact of technology. This 'new normal', challenging environment sets the scene for our collective action, as discussed in Tallinn on 29 September 2017 during the Digital Summit and at the October meeting of the European Council, which both set clear and ambitious objectives for the European Union.

Against this background, the Justice and Home Affairs communities need to review rather radically their way of approaching traditional, sovereignty issues such as territoriality, jurisdiction and norm setting. Recommendations were made to develop issue-based networks, in particular in the field of cyber security. The responsibilities of private entities and the way the EU interacts with them need to be addressed. Finally, capacity-building, funding and training for practitioners and legal professions need to be drastically increased so that they engage positively in the digital transformation ...".

All these are sensible ideas but it is not self evident that the European Council has taken them in account for the revision of the guidelines scheduled for mid-2019, which quite likely will be adopted during the electoral period thereby excluding the possibility for the European Parliament or civil society to play a part in this exercise.

In theory, preparatory work could be done by the Commission, which according to Article 17 of the EU Treaty should be at the origin of EU Strategies, but if relations between the European Council and the European Parliament are unsatisfactory, the former's relations with the Commission are not much better. Since the appointment of an European Council President, relations with the President of the Commission (who is also member of the European Council) are not always easy and this may explain why the Commission builds its own strategic role by adopting its own political "agendas" covering the main domains of the FSJA, borders, migration, internal security, criminal law, etc.

The lack of real dialogue between the EU institutions on the FSJA problems could also have a severe impact on legislative activity, where some basic concepts, such as the notion of "threat" to be taken in account at EU level still have to be defined or are vaguely called into question by the EU legislation (see the case of the recent EU Directives on EUROSUR, on PNR and on terrorism as well as the case where a threat justifies the temporary re-establishment of internal border controls in the Schengen area).

For instance, the Council of the EU set the priorities for the fight against serious and organised crime for the second full Policy Cycle from 2018 to 2021 in May 2017⁹⁰ and asked Europol in cooperation with Member States and relevant EU agencies⁹¹, to prepare in the course of 2019 a mid-term review of new, changing or emerging threats. According to a Europol internal preparatory document, the developments set out in the Mid-Term Review will be used as input for the development and implementation of the EU crime priorities as set out by the Council in May 2017. This input may be used by the Council at strategic level to re-adjust priority setting and/or at operational level to guide operational focus and activities within individual EU crime priorities. The little detail is that the Mid-Term Review 2019 will be classified as RESTREINT UE/EU RESTRICTED which means that it will not be publicly debated by the European Parliament or by the national Parliaments.

In order to solve these ambiguities and promote sound EU legislation

⁹⁰ Council conclusions 9450/17 on setting the EU's priorities for the fight against organised and serious international crime between 2018 and 2021 - Council conclusions (18 May 2017).

⁹¹ Europol will work with Member States and the relevant EU Agencies to prepare the Mid-Term Review. All Member States, EASO, EMCDDA, EUIPO, EU-LISA, Eurojust, Frontex, and OLAF are concerned.

defining when and how an alert system should be triggered so as to justify EU intervention, it would have been wise to analyse the existing cross-border threats, update the pre-Lisbon *acquis* in police and judicial cooperation in criminal matters and frame a binding framework for police cooperation. Only recently, in order to foster mutual trust between police forces in and between the EU Member States, the Commission has proposed some interoperability measures based on Article 87(2) TFEU dealing with “(a) the collection, storage, processing, analysis and exchange of relevant information; (b) support for the training of staff, and cooperation on the exchange of staff, on equipment and on research into crime-detection; (c) common investigative techniques in relation to the detection of serious forms of organised crime”.

Notwithstanding the 2014 European Council Guidelines and a formal EP request, a general evaluation has never been made by the European Commission, not even after the end of the five years transitional phase foreseen by Protocol 36 to the Treaty in 2014.

A worrying confusion of roles and responsibilities between the EU institutions persists also in sensitive domains such as the fight against terrorists. In this area, different players are deemed to interact at EU level such as the Ministers of Interior, the anti-terrorism coordinator, the Committee for Internal Security (COSI provided for in Art. 71 TFEU) three members of the Commission (namely Vice President Timmermans, the Home and Migration Commissioner Avramopoulos and the Commissioner for security King), EU Agencies such as Europol, Eurojust and, in a foreseeable future, also the European Public Prosecutor (see Art. 86 TFEU).

What is even more appalling is the persistent confusion which reigns at implementing and executive level between the Commission, the Council and the Member States themselves.

Similarly, when discussing operational cooperation and executive functions, EU Member States want closer control through their “experts” in the case of delegated powers (Art. 290 TFEU) as well as when executive action should be taken via the so-called ‘comitology’ framework (Art. 291 TFEU). In both cases, the representatives of EU Member States want keep a check on how the European Commission implements EU law and to check on each other.

The outcome of these ambiguities is permanent bickering about power between the three institutions and the Member States’ administrations, even if several versions of interinstitutional agreements have been negotiated on “better law-making” to frame the principle of “sincere cooperation” enshrined in Articles 4(4) and 13 TEU.

c) Circumventing the co-decision procedure and parliamentary input through the choice of CFSP as a legal basis or other “creative” alternatives

A third worrying device used by the Member States to avoid the control and participation of the European Parliament and the Commission and to preserve the intergovernmental method in FSJA policies has been to merge them with the common security and defence policies, which do not require the association of the European Parliament nor the full jurisdiction of the Court of Justice.

This happened notwithstanding the clear “mutual respect” set out in Article 40 TEU, according to which “*The implementation of the common foreign and security policy shall not affect the application of the procedures and the extent of the powers of the institutions laid down by the Treaties for the exercise of the Union competences referred to in Articles 3 to 6 of the Treaty on the Functioning of the European Union*”. Surprisingly, this overlapping of external with internal competences has been endorsed by the Court of Justice, which has accepted the coexistence for the same measure of two legal bases dealing, respectively, with internal and external policies⁹².

The obvious outcome of this approach is therefore that these new EU measures remain of a diplomatic non-binding nature even if they deal, for instance, with irregular migration.

This is notably the case with EU Operation EUNAVFOR Sophia, which claims to be grounded on a United Nations Security Council Resolution but whose substantive scope is to fight trafficking, smuggling and irregular migration in the Mediterranean, so that the appropriate legal basis should have been Articles 77 and 79 TFEU on fighting irregular migration, which requires co-decision, namely the ordinary legislative procedure, and a qualified majority vote in the Council.

d) Empowering the EU agencies, which are creatures of the Member States, to exercise both executive and political functions

To overcome the control of the Commission, the EU Member States have

⁹² See notably the judgment of 24 June 2014 in *Parliament v Council* (C-658/11, EU:C:2014:2025) on the Agreement between the European Union and the Republic of Mauritius on the conditions of transfer of suspected pirates and associated seized property from the European Union-led naval force to the Republic of Mauritius and on the conditions of suspected pirates after transfer (OJ 2011 L 254, p. 1) and Case C-263/14, *European Parliament v Council* on the Agreement between the European Union and the United Republic of Tanzania on the conditions of transfer of suspected pirates and associated seized property from the European Union-led naval force to the United Republic of Tanzania.

strengthened their control over the Freedom Security and Justice policies through the old and new EU agencies, which are often turning into pre-federal structures of some kind⁹³ whereby each Member State can check on the others and which are also developing a pre-regulatory role. The Court of Justice with the ESMA ruling, which de facto changed the institutional balance in the EU, has boosted this agencification trend notably in the FSJA.

The pivotal role played by Frontex in the new EU Integrated Border Management as framed by Regulation EU No 2016/1624 on the European Border and Coast Guard is the most blatant example of how the EU Member States through a EU Agency are not only exercising operational functions, but also defining the EU strategy in this sphere. In principle, the common Strategy to be adopted by the Management Board (Arts 3 and 4 of the Regulation) is “technical” but, in the absence of an overarching strategy adopted by the EU institutions, it will be the only meaningful strategic document in this domain. But can this situation be considered acceptable from a democratic point of view. Can a EU agency define and, at the same time, implement an overarching political objective of the Treaty?

Even the recent seminal European Court of Justice case-law on the ESMA Short selling case, Case C-270/12 in which the Court approved the possibility of EU institutions delegating powers to issue measures of general application to a EU agency, it was only in cases in which there is no political discretion, as is clearly the case with an integrated strategy⁹⁴.

4. Conclusions and possible improvements in the new legislature (2019-2024).

From the description in the previous sections it appears that, notwithstanding the improvements in the Lisbon Treaty and in the EU Charter,

⁹³ These agencies are the Fundamental Rights Agency (FRA), FRONTEX dealing with border policy, EASO dealing with Asylum, EUROPOL dealing with Police Cooperation, CEPOL as a training institute, EUROJUST for judicial cooperation, EU-LISA for the management of the large information systems, and EMCDDA dealing with prevention of drug abuse

⁹⁴ This is still the main lesson arising from the “Meroni” doctrine which requires the preservation of the rule of law and of the principle of democracy in the EU. Even if it is true that, in the post-Lisbon Treaty, reference is made to EU agencies in several articles and if it is possible to challenge their acts before the Court (see Art. 263 TFEU), the main institutions’ responsibilities remain untouched.

the EU Member States are dragging their feet in the transformation of the EU into an FSJA. The lack of a true strategic dimension is probably due to the fact that several Member States do not accept EU priorities which may conflict with their own internal priorities in politically sensitive areas such as migration, asylum and internal security policies.

In this context, the EU's transition to a more proactive and incisive role in these sensitive areas by sharing the sovereignty with the Member States has also triggered a counter-reaction notably in the case of the United Kingdom, whose citizens first and then the National Parliament have decided to leave the EU. Without making the same extreme choice, other Member States have also showed their unwillingness to implement some essential EU measures in the borders, migration and asylum domains by challenging the solidarity principle which should govern these policies (Art. 80 TFEU). Thus is the case with some of the 13 new EU members who joined the Union in 2004, 2007 and 2013 and in particular of the countries of the so-called Visegrad Group (Poland, Hungary, Czech Republic and Slovakia) and in the Baltic Region.

But, more worryingly, some founding Member States, such as the Netherlands and Germany, under the pressure of an increasingly sceptical national public opinion, have also shown growing resistance to a bolder EU role in the new domains of the FSJA.

This can explain why since the entry into force of the Treaty most of its provisions have not been implemented and the balance of power between citizens and EU institutions remains as it was before the Treaty and the democratic deficit has even been worsened. In some cases, the Member States have created parallel mechanisms and structures to reach objectives that should have been reached within the Treaties.

The paradoxical consequence has been that, in order to avoid a strong confrontation with the Member States, the latest European Council and Council strategies as well as the Commission complementary documents on the same subjects have become more a compilation of disparate measures taken in the same field than a consistent toolbox of measures designed to address well-known external or internal threats.

The common feature of most of these FSJA "strategies" is still that not only do they mirror the Member States' requests but they are also still flawed from a democratic point of view, as they do not take into account the role of the European Parliament and preserve some ambiguities as to the roles to be played by the Council, the Member States and the Commission.

As regards Internal Security, for instance, after 9/11 the EU tried to

mirror the US Homeland security policy and the European Commission has been inspired since 2002 by the new-born US Homeland Security Department. This may explain why the EU has mirrored US measures such as the US Visit and ESTA with the EU version of VIS and ESTA, the US biometric Passport or the external Border Strategic Control (EUROSUR) and even the US PNR initiative with a corresponding EU PNR framework.

However, the constitutional differences between the EU and the USA are obvious and the European Council has gradually lowered its ambitions, notably in 2014, when it limited itself to the adoption of generic guidelines evoking the necessity to implement and evaluate what was previously decided⁹⁵.

In such an unbalanced and contradictory framework is not easy to say what can be done to re-launch the initial ambition as set forth in the 1999 Tampere conclusions.

Some possible improvements to be taken in account in 2019 when updating the European Council guidelines for the new legislature 2019-2024 could be the following.

1. Making more explicit the link between the EU's founding values (Art. 2 TEU) and the EU's missions (Art. 3 TEU), notably in the context of the FSJA, by establishing a permanent monitoring mechanism, even before triggering the Article 7(1) procedure in all the Member States as recently suggested by the European Parliament and the Commission.

2. Establishing a transparent dialogue between the European Council and the European Parliament on the priorities to be implemented at legislative, financial and operational level in the FSJA by taking in account the shortcomings of the EU measures in the previous legislature.

Promoting at national level complementary policies collecting and comparing similar data by establishing clear figures for the general financial impact of the implementation of the common EU policies provided for in Title V TFEU.

⁹⁵ Needless to say, such a general assessment has not yet been made, not even after the end of the transitional period of five years following the entry into force of the Lisbon Treaty for the measures previously adopted in the area of judicial and police cooperation in criminal matters.

3. *Establishing in each main EU common policy (borders, asylum, migration and police and judicial cooperation in criminal matters) specific legislation framing an EU-wide strategy with clear assessment of priorities, solidarity mechanisms and operational intervention as well as a clear link with national strategies in the same fields.*

4. *Unblocking the EU legislative proposals dealing with the rights of the citizens in the FSJA (further procedural rights in criminal law, fighting discrimination, promoting transparency, and strengthening the principles of good administration and of accountability of the EU Agencies acting in these fields).*

5. *Assessing the compatibility with the EU Charter and the post-Lisbon CJEU jurisprudence for third-pillar measures adopted before Lisbon, which are still into force. Establishing a general independent evaluation mechanism of FSJA policies as required by Article 70 TFEU complementing the specific evaluation mechanism established for each EU binding measure.*

6. *Developing a consistent wide ranging policy for human mobility and regular migration by adopting an EU Migration Code dealing with skilled migrants, single permits, seasonal workers, researchers, ...*

7. *Overcoming the Dublin Regime by empowering EASO with the treatment of asylum requests for all the EU. De-criminalising humanitarian protection for people in need.*

8. *Widening the competencies of the European Public Prosecutor to cover the fight against terrorism and serious crime (as provided for in Art. 86 TFEU) by creating a specific section competent for criminal law in the CJEU. Adopting a new legal framework for freezing the assets of terrorists (Art. 75 TFEU)*

ANDREA GIUSSANI

REMEDIES AGAINST ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

SUMMARY: 1. General observations. – 2. Remedies in enforcement procedure. – 3. Opposition in enforcement. – 4. Remedies concerning recognition and enforcement of non-EU judgments. – 5. Remedies concerning recognition and enforcement of EU decisions. – 6. Final remarks.

1. General observations.

The following analysis is based on reports from Austria, Belgium, Croatia, Estonia, France, Germany, Greece, Italy, Lithuania, Portugal, Slovenia, Sweden, the Czech Republic, the Netherlands, and the U.K., as they were delivered until 20 September 2017 (hence, in still provisional drafts). It is important to state at the outset that for the purposes of this chapter, the concept of remedy includes: *a)* challenges against national judicial decisions; *b)* challenges to recognition and enforcement of foreign decisions; *c)* challenges to enforcement proceedings.

The distinction between ordinary and extraordinary remedies has been repeatedly dealt with in the reports, albeit it concerns, for the purposes of this chapter, only a part of the first kind of challenges: namely, challenges to judicial decisions amenable to *res iudicata* effects. By contrast, rules that allow a party to cure an involuntary default, often qualified as extraordinary remedies in various legal cultures, are not treated here as such, in order to prevent confusion: in fact, such rules may allow a party to plead both ordinary and extraordinary remedies, or any kind of otherwise precluded motion; hence, they are deemed here as means to gain access to a remedy, and not remedies.

In this perspective, it is worth mentioning from the start that *res iudicata* effects generally stem from judicial decisions given after a full-fledged trial was at least made available to each of the involved parties. It is also useful to clarify that *res iudicata* effects not only do not necessarily coincide with enforceability, or mere preclusion of re-examination of facts, but also with

mere limitation of grounds for a challenge: even if only specific violations of the law may still be pleaded against a decision, a legal system may choose to deny that there is *res iudicata*, and qualify the available remedy as an ordinary one.

The distinctive feature of *res iudicata* effects, in fact, consists in a preclusion for the losing party from pleading that a new law retroactively changed the rules governing the conflict resolved by a judicial decision: from the point of view of a substantive theory of *res iudicata*, because from that moment on that decision becomes a self-standing source of the law of the case (so that changes of the substantive law applied, even if they are retroactive for every other interested party, are irrelevant for the parties bound by *res iudicata*); from the point of view of a procedural theory of *res iudicata*, because immunity of judicial adjudication from the effects of new retroactive law is an essential feature of the balance of powers in a democratic system; different legal systems may freely select for that purpose different stages of the litigation.

In Italy, according to the traditional view, every challenge against such decisions whose grounds may be detected from its reading must be filed within a deadline running from its issue, and qualifies therefore as an ordinary remedy precluding formation of *res iudicata*, while challenges whose grounds can be detected only elsewhere (such as fraud) must be filed within a deadline running from their discovery, and qualify therefore as extraordinary remedies, not precluding formation of *res iudicata*, and a similar approach has been reported for Sweden, and the Netherlands. However, in Italy this systematic analysis was undermined by law no. 353 of 26 November 1990, introducing Art. 391-*bis* of the Code to provide that a very rare ordinary remedy, that became available against the judgments of the Court of Cassation after a judgment of the Constitutional Court¹, does not preclude *res iudicata*.

Slovenia, however, reportedly attaches the distinction between ordinary and extraordinary remedies to the stay of enforceability granted by appeal to a higher court, denying that any different kind of remedy could be deemed ordinary. From the Czech Republic is also apparently reported the idea that ordinary remedies must allow full review of the decision, and a similar approach is reported from Belgium and France.

With respect to the U.K., the distinction is explicitly interpreted, for

¹ No. 17 of 30 January 1986.

the purposes of Regulation 1215/2012, by its art. 51, § 2, of, providing that every appeal to a higher court is deemed an ordinary remedy, but the autonomous notion of *res iudicata* pursuant to such Regulation is not binding for the Member States outside the field of recognition or enforcement of EU decisions. Other reports did not give any account of the issue amenable for comparative analysis.

Overcoming such lack of uniformity between Member States, however, might prove an exceedingly ambitious target from the political point of view for the European Commission, because different choices might be driven by different degrees of confidence in the various echelons of the judiciary.

2. Remedies in enforcement procedure.

Challenges to enforcement proceedings, for the purposes of this section, comprise complaints introducing a proceeding on the merits that interferes with the enforcement proceedings.

1 Description of available remedies

In Italian law, challenges to enforcement proceedings can be divided in three groups: *a*) complaints alleging that the creditor has no right to proceed with the enforcement; *b*) complaints alleging that the enforcement proceedings should develop in a different way; *c*) complaints by a third party holding a right on the seized asset prevailing over the seizure.

Complaints concerning distribution of the revenue of the forced sale of seized assets, or complaints by garnished third parties, are also available, but they are disposed of by the enforcement judge with summary decisions subject to further challenge (subject to the rule governing challenges alleging that enforcement proceedings should develop in a different way).

A similar approach is reported for the other Member States involved in the project.

2 Procedural rules

Rules establishing which court would hear a challenge to enforcement proceedings vary a lot in the Member States involved in the project. However, the procedural dynamics has common features: the authority entrusted with enforcement proceedings can always provide a stay whenever the complaint deals with issues that can be decided by that authority; the merits of the complaint may be deferred to a different court whenever it deals with issues concerning the existence of the right whose enforcement is sought.

In Italy, complaints concerning the right to proceed must be filed in the court in charge of the proceeding after seizure (or the corresponding step in specific enforcement proceedings). However, such complaints may also be filed before seizure, because service of the *precetto* suffices to grant the debtor standing to challenge the attempted enforcement, but in this case the court in charge of the enforcement proceedings has not yet been determined: hence, the challenge must be filed in the Court of the place where the *precetto* (a warning by the creditor that judicial enforcement will take place if obligation is not complied within 10 days) was served, unless the creditor choose in the same *precetto* a domicile in the city of a different court in whose territory enforcement may be performed (in this latter case the challenge must be filed in that court, but the burden of proof that enforcement may take place in that territory lies on the creditor); besides, the competent court for the decision on the merits of the case, after the enforcement court has decided on the motion to stay proceeding, is not necessarily a Tribunal, since ordinary rules on subject-matter jurisdiction apply (hence, it may be a Justice of the Peace if the value of the credit is less than 5.000 euros).

The same holds for complaints alleging that the enforcement proceeding should develop in a different way, but in this case only a Tribunal has subject-matter jurisdiction, even when the complaint is filed before the seizure, and there is no deferral to a different court for the merits of the case. Complaints by third parties are necessarily filed at the court in charge of the proceeding because they can be filed only after the beginning of enforcement, but then again, after the decision on the motion to stay, the merits goes to the court determined pursuant to ordinary rules.

Stay of the enforcement proceedings is usually asked within every kind of such challenges: hence Italian law provides for these motions a mandatory fast-track for a provisional order by a single judge, subject to further challenge (*reclamo*) to a panel of three within the same Court (without the participation of the first one), and in any case (that is, regardless of the outcome) setting a deadline for a motion for an ordinary proceeding on the same claim; if the deadline is missed, the case is discontinued, while otherwise a full judgment amenable to *res iudicata* effects, and subject to appeal, is issued (appeal to the Court of Appeal is granted, after law no. 69 of 18 June 2009, for complaints alleging that the creditor has no right to proceed, and for complaints by third parties, with the judgment of the Court of Appeal subject to further third instance appeal to the Court of Cassation; otherwise only appeal directly to the Court of Cassation is granted).

Joinder in all these challenge proceedings of the debtor, the creditor, and, according to some case law, the intervening creditors², is necessary.

Reports from the Member States involved in the project describe several differences in the details of the regulation of such proceedings. Albeit complete analysis of such details would be too cumbersome to be useful for comparative study, the following list suffices to give a fair presentation of their actual dimensions:

- U.K. law is reported to provide for greater flexibility and redundancies in the power to grant a stay, and foresee an automatic stay when a third party complaint is filed; moreover, appeal to the Supreme Court is reportedly granted even against decisions concerning requests of stay;
- Slovenian law is reported to provide that complaints alleging that the right whose enforcement is sought does not exist can be decided on the merits by the enforcement court;
- in the Netherlands challenges to enforcement proceedings are reported to be indifferently available both within the enforcement court and within the court competent pursuant to ordinary rules;
- Estonian, Greek, and Portuguese law reportedly provide that all challenges are decided by the enforcement court;
- Greek law also reportedly limits the power of the enforcement court to grant a stay, and access to the Supreme Court for appeals against judgments over challenges to enforcement proceedings;
- Swedish law is reported to provide that stay of enforcement proceedings is mandatory when the challenge is supported by evidence.

All these variations seem to lie within the boundaries of Member States' residual sovereignty in the realm of enforcement proceedings granted in principle by art. 47, § 2, of Regulation 1215/2012. Further harmonization would help development of a common market, but would require further relinquishments of sovereignty.

3 Challenges within the enforcement proceedings

Many grounds for a challenge may be found directly by the enforce-

² See, e.g., the judgment of the Italian Court of Cassation no. 7264 of 1 June 2000; joinder of the garnished party, by contrast, is required only in exceptional circumstances, see, e.g., the judgment of the Italian Court of Cassation no. 24637 of 19 November 2014.

ment judge, if they appear on the record of the case, or if the debtor highlights them, and justify, even *ex officio*, a declaration of discontinuance of the proceeding. The creditor may challenge this declaration alleging that proceeding should develop in a different way, meaning that there should not be discontinuance.

Obviously if the enforcement judge overlooks, or ignores, or deny, the ground for challenge, or if it is not possible to see it from the record, it is up to the debtor (or to the other interested party) to timely and fairly file the complaint.

On this respect, no significant differences between Member States were reported, with the exception of Greek law, reportedly providing no kind of *ex officio* court control over the enforcement proceedings (Swedish enforcement proceedings are carried out through an administrative agency under the principle of party disposition, but the agency's power to find defects *ex officio* is reportedly not ruled out). This latter deviation, however, also seems to lie within the realm of Member States' residual sovereignty in regulating enforcement proceedings.

3. Opposition in enforcement.

For the purposes of this section, in order to ensure coherence in the queries, "opposition in enforcement" refers to challenges to enforcement of judicial decisions alleging that the creditor has no right to proceed.

1 Oppositions based on new facts or procedural violations

Relevant facts occurred after formation of the title are in a general way plainly grounds for an "opposition in enforcement".

Complaints concerning the way enforcement is performed are rather grounds for an "opposition against a decision of the enforcement court", albeit there may be some overlapping: in fact, sometimes it may be also possible to plead, that a creditor has no right to proceed in the way adopted in the concrete proceeding, albeit there is a right to proceed in a different way (e.g., when the creditor tries enforcement of specific performance with a non-judicial title, or attachment of non-attachable assets).

This overlapping may be troubling in the practice because deadlines for the two kinds of challenges may differ, and different kinds of appeals may be granted against the judgment (e.g. in Italy, as already seen above): satellite litigation on the point often arises.

When special rules allowing enforcement without a court hearing apply, both kinds of challenges are anyway available to the debtor.

On these aspect, no significant differences were reported for the Member States involved in the project: both kinds of challenges are always available to the debtor.

2 Grounds for opposition

No “opposition in enforcement” may be allowed by way of a mere “notice pleading”: plaintiff must state cause of action. However, burdens of specificity obviously fit the “reactive” nature of the opposition, since the remedy aims substantially at a negative declaration (a declaration of non-existence of the right to proceed): hence, a defendant’s specific denial of facts giving rise to the right whose enforcement is sought, or allegation of other facts precluding enforcement, is necessary only inasmuch the right was identified by the creditor, and such identification may often need description of facts giving rise to it.

The most important general principle governing the issue, however, is that when the enforcement title is a judicial decision amenable to *res iudicata* effects, no ground that can support an appeal against that decision may support an “opposition in enforcement”: no redundancy of remedies is allowed. Obviously, grounds precluded by *res iudicata* itself are *a fortiori* inadmissible.

It is worth noting that according to the most recent Italian case law, a burden to firstly challenge the judgment used as enforceable title may lie also upon the third party claiming a right on the seized asset prevailing over the seizure: in fact, grounds to challenge the judicial decision with a third party opposition must be pleaded there (and stay of enforcement can be granted on such grounds only by that court), while they cannot support directly a challenge to the enforcement proceeding by the same third party in the enforcement court (and that court cannot grant a stay upon such grounds), even if the complaining party never participated to the proceeding leading to the formation of the enforceable title; an enforcement court would directly hear an opposition by a third party only if it is based on different grounds³.

Exclusion of such redundancies is also reported for the other Member States involved in the project, regardless from the degree of specificity re-

³ See the judgment of the Court of Cassation no. 1238 of 23 January 2015.

quired for the complaint (albeit report from the Netherlands seems to state that a debtor may plead gross mistakes of the enforced judgment at the court in charge of enforcement proceeding). Hence, a modest lack of uniformity between Member States with respect to requirements of specificity of complaints for opposition in enforcement when a non-judicial enforceable title is involved does not seem to infringe significantly with the purposes of European rules governing recognition and enforcement of foreign judgments.

3 Source of grounds for opposition

In no Member State involved in the project rules governing grounds for “opposition in enforcement” are reportedly other than general clauses. A different solution, in fact, would obviously foster needless satellite litigation.

4. Remedies concerning recognition and enforcement of non-EU judgments.

Remedies against enforcement of foreign non-EU judgments also comprise challenges aimed at showing that recognition should be denied. However, since none of the Member States involved in the project reportedly allows enforcement of non-EU judgments without at least an *exequatur* (if not a new trial) exclusion of redundancies applies as already seen above: grounds to challenge recognition obviously support as well a denial of the *exequatur*, but after grant of *exequatur*, an “opposition in enforcement”, filed within the enforcement proceeding promoted using the foreign judgment as a title, cannot be supported by any ground that could have been pleaded there.

1 Features of remedies

In Member States that provide for automatic recognition of foreign non-EU judgments their effects may be freely contested in and out of court: the other party has the burden to file an action to prevent that. In such cases, however, standing for a challenge in court of recognition may be difficult to prove: evidence that apparent effects of the judgment are prejudicial for the plaintiff would be required⁴. By contrast, when a new trial or an *exequa-*

⁴ See, e.g., in Italy, the judgment of the Court of Appeal of Venezia of 11 June 1997, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1158.

tur is required for recognition (a need for a new trial is reported for Sweden, the Netherlands, and in some cases for the U.K.; *exequatur* is reportedly required in Slovenia, Lithuania, and Portugal), it is up to the creditor to start proceeding.

Decisions on recognition, even if they are given within proceedings aimed at obtaining enforceability, can always be challenged with remedies available against a judgment (albeit sometimes for *exequatur* a fast-track is provided, curtailing the scope of remedies: in Italy, *exequatur* is granted by the Court of Appeal, and appeal against the decision is available only at the Court of Cassation; appeals are reportedly limited also in some instances in the Netherlands), and may acquire full *res iudicata* preclusive effects. A decision on recognition *incidenter tantum* (that is, only for the purpose of deciding a different case, and with no *res iudicata* effects binding in other proceedings), however, is sometimes explicitly allowed (Italy provides such a rule, albeit the lack of preclusive effects should not be overestimated in actual practice).

2 Grounds

Grounds for denial of recognition and enforcement of foreign non-EU judgments in the Member States involved in the project are pretty similar in substance. This convergence is determined mainly by the general clause of public order, and the growing consensus over the idea that such clause includes violation of fundamental procedural rules: hence, despite several variations in the wording of the rules concerning specific procedural violations, such as lack of jurisdiction, violation of the rights of the defense, or fraud, it is quite unlikely that a judgment whose recognition is refused in a Member State for this kind of procedural considerations would nevertheless be recognized and enforced in a different Member State.

The main difference concerns reciprocity: albeit no mention of it can be found in the reports from Italy, France, Belgium, Greece, Portugal, Lithuania, Estonia, and the U.K., this requirement reportedly applies in Austria, Sweden, Slovenia, Croatia, and the Czech Republic (and also, in principle, in Germany). Previous local *lis pendens* is also reportedly a ground for refusal in only some of the Member States involved in the project (Italy, Germany, Belgium, Portugal, Estonia, Slovenia, Croatia, and the Czech Republic) but not in others (Lithuania, Austria, Greece; in Sweden, the Netherlands, and the U.K., however, a requirement that the same action is not actually pending between the same parties might be implicit in the need to institute a new local suit for recognition).

Such variations, and also variations in the way foreign non-EU judgments are recognized, might hinder the purpose of granting an EU decision the same effects in the whole European judicial space, whenever a conflict between a EU and a non-EU judgment arises. However, these differences remain within the realm of the Member States' own sovereignty: hence, they may be deemed anyway compatible with the reciprocal trust between Member States in the field of recognition of foreign judgments.

A more comprehensive fulfillment of the task of granting a decision identical effects within the whole European judicial space, in fact, probably requires that a European federal judiciary provides it.

3 Differences with recognition and enforcement of EU decisions

The main differences are the following: *a*) non-EU foreign judgments are generally recognized only after *res iudicata* (albeit such requirement is not clearly reported in Germany), but in order to preclude their recognition is not even necessary a conflict with an local judgment, because, as already seen above, a previous local *lis pendens* may suffice in several of the Member States involved in the project; *b*) any violation of local principles on international jurisdiction might preclude recognition (albeit conformity to local jurisdictional rules is reportedly less rigorously required in Belgium, in France, and in the Czech Republic; by contrast, jurisdictional requirements of the foreign decision are reportedly even stricter than in local litigation in the U.K.; reference to lack of jurisdiction in the State of origin is also missing from reports dealing with Member States requiring new trial for the purposes of recognition, like Sweden and the Netherlands); *c*) violations of public order preclude recognition even if they are not manifest (with the exception of Belgium and Germany, reportedly requiring a manifest violation even when non-EU judgments are considered).

Other differences are of a more limited relevance: in fact, violation of essential rights of the defense would also determine a manifest conflict with public order, precluding also recognition of EU decisions, and conflict with a recognized judgment from a different State would also generally preclude recognition of non-EU judgments, because public order would be violated, according to some doctrinal analysis⁵.

⁵ For this interpretation, largely influenced by German doctrine, see, e.g., in Italy, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Giappichelli, Torino 2007, esp. 308 ff.; however, it may be argued that if the preclusive effects of the first judgment could

5. Remedies concerning recognition and enforcement of EU decisions.

It is important to state at the outset that an analysis of remedies concerning enforcement of EU decisions pursuant to Regulation 1215/2012 requires to consider the overlap between challenges to recognition and enforcement of the decision, and challenges to enforcement proceedings based on it.

1 Remedies in the Member State of origin

Art. 51 of Regulation 1215/2012 expressly provides for a discretionary stay of enforcement when the decision is challenged with an ordinary remedy in the Member State of origin: the notion of ordinary remedy is autonomous, and relates to usual remedies against a judicial decision, insofar as they are available within a deadline starting from the delivery of the court ruling. Besides, pursuant to Art. 38, proceedings on the merits influenced by an EU decision may also be stayed whenever such decision is challenged in the Member State of origin, even if an extraordinary remedy is sought (as well as when a proceeding for a refusal or recognition or enforcement is pending in the Member State addressed).

Obviously, if the decision is annulled or repealed in the Member State of origin, its recognition and its enforceability in the Member State addressed also elapse as well at the same time, and any interested party may allege such event whenever it is necessary. If enforceability of the decision is stayed in the Member State of origin, enforcement in the Member State addressed is also subject to mandatory stay, at the request of the debtor, pursuant to Art. 44 of Regulation 1215/2012.

The main difficulties in this field come from the European Court of Justice case law forbidding the court of the State of destination to grant a stay on grounds that have or could have been pleaded in the State of origin, pursuant to the idea that otherwise the absolute prohibition to review the merits established by Art. 52 of Regulation 1215/2012 would be frustrated⁶.

be pleaded in the second proceeding, recognition should not be denied to the latter, according to the general principles governing such contrasts in Italian case law (see., e.g., the judgment of the Italian Court of Cassation no. 2082 of 26 February 1998); priority reportedly governs resolution of conflicts between non-EU decisions in France, Estonia, Slovenia, Belgium, and the Czech Republic.

⁶ See the holding of the European Court of Justice in Case C-183/90, *B. J. van Dalssen and others v B. van Loon and T. Berendsen* [1991] ECR I-04743, para. 32.

This interpretation is disputable from a technical point of view, because the power of the judge to grant a stay on grounds that were not and could not have been pleaded in the State of origin cannot be denied, since otherwise the enforceable title would be more effective in the State of destination than in the State of origin itself (since in none of the Member States pleading such grounds within the enforcement proceeding of a local title in order to obtain a stay is precluded by a general rule): hence, there was no need at all to provide for it in an explicit rule within Regulation 1215/2012; consequently, according to sound analysis, stay pursuant to Art. 51 should rely on the probability of success of the ordinary remedy, without violating Art. 52, because it allows not a review but a prediction of the outcome of the merits, and only to the limited end of staying enforcement, without implying a final refusal. However, none of the reports from the Member States involved in the projects mentions any case law disregarding the holding of the European Court of Justice on this point, and allowing stay upon mere evaluation of probabilities of success of an ordinary remedy⁷.

Hence, a revision of Regulation 1215/2012 clarifying the issue would be useful, but not necessary for purposes of harmonization with respect to such Member States.

2 Procedural aspects of proceedings pursuant to Art. 47 of Regulation 1215/2012

Italy chose to give subject-matter jurisdiction for complaints pursuant to Art. 47 of Regulation 1215/2012 to ordinary Tribunals, without enacting any special provision for a speedy track. This option aims at allowing overlapping challenges to enforcement of the decision and challenges to enforcement proceedings: the debtor may plead together, in the same proceeding, both that there are grounds to refuse enforcement pursuant to Art. 45 of Regulation 1215/2012, and that the creditor has no right to proceed with the enforcement pursuant to national rules (provided, pursuant to Art. 41 of Regulation 1215/2012, that grounds to challenge enforcement pursuant to national law do not conflict with said Art. 45: e.g., local law for-

⁷ Albeit doctrinal analysis may sometimes take for granted the sound interpretation of the rule, without even considering the odd reasoning of the *Van Dalssen* case: see, e.g., P. BIANATI, *L'esecutorietà delle decisioni nell'UE alla luce del reg. 1215/2012*, in *Il processo esecutivo*, eds. B. Capponi, B. Sassani, A. Storto, and R. Tiscini, Wolters Kluwer, Milanofiori Asago 2014, 194.

bidding enforcement of appealable judgments would obviously not apply; local law forbidding enforcement whenever the credit was already paid, by contrast, obviously would).

The solution was fostered by Consideration 30 of Regulation 1215/2012: the new system overcomes the practical problems generated by Regulation 44/2001 (that barred the debtor from pleading grounds to challenge enforcement within exequatur proceedings). Hence, rules already dealt with above concerning territorial jurisdiction for challenges to enforcement proceedings apply. Territorial jurisdiction of Art. 47 courts for declarations of recognition, pursuant to art. 36 of Regulation 1215/2012, by contrast, is governed by the general rules, since no enforcement proceeding is involved.

Besides Italy, only some of the Member States involved in the project, however, reportedly enacted legislation actually implementing the right of the debtor to plead grounds for refusal together with national grounds for opposition in enforcement within the enforcement proceedings: Austria, France, Greece, the Netherlands, and the U.K. (albeit the U.K. Government apparently did not submit relevant information to the European Commission). By contrast, this is still reportedly hindered in Sweden (since many grounds to challenge enforcement must be dealt with by the enforcement agency, while grounds based on Art. 45 go to court), and in Belgium (where Art. 45 claims are reportedly deemed out of the jurisdiction of the enforcement court), and in Slovenia is also reportedly under discussion a legislative proposal denying the enforcement court the power to judge Art. 45 challenges.

On this respect, however, further harmonization would concern the realm of the government of enforcement proceedings, and require further important relinquishments of sovereignty by the Member States, because it would interfere with local choices based on different degrees of confidence in the various echelons of the enforcement authority.

None of the Member States involved in the project, anyway, reportedly applies significantly special rules on jurisdiction for Art. 45 challenges filed before the start of enforcement proceedings, and actions pursuant to Art. 36.

3 Documents pursuant to Art. 47, § 3, of Regulation 1215/2012

None of the Member States involved in the project reportedly enacted provisions derogating to Art. 47, § 3, of Regulation 1215/2012, with the notable exception of the U.K., providing that an application for refusal should be supported by written evidence. This deviation, however, would

deserve, rather than a clarifying amendment to current rules, enforcement by a holding of the European Court of Justice, since requiring such evidence in order to obtain a judgment on the merits obviously runs against the current Regulation.

4 Service and representation

Service in proceedings pursuant to Art. 47 of Regulation 1215/2012 is unequivocally governed by the rules of the Member State addressed. None of the Member States involved in the project reportedly departs from this interpretation.

Italian procedural rules require every party, irrespective of nationality or domicile, to be represented by a lawyer located in Italy, pursuant to Art. 82 of the Code of Civil Procedure, as a prerequisite to active participation to such proceedings. None of the Member States involved in the project reported any provision requiring representation due to nationality or domicile of a party.

5 Challenges to recognition

Besides challenges to enforcement pursuant to Art. 47 of Regulation 1215/2012, challenges to recognition are allowed both *principaliter* and *incidenter* (within the meaning explained above), pursuant to Art. 36 of the same. When the challenge is the main claim of the action, rules provided by said Art. 47 apply, while when the challenge is filed to prevent the decision from influencing the disposition of a different claim, the procedural rules provided for the disposition of such claim prevail. No Member State involved in the project reportedly developed problems with this principles.

As already seen above some Member States require the debtor challenging enforcement both on Art. 45 and on national law grounds, to institute separate proceedings (Belgium, Sweden, and, according to a reform proposal, also Slovenia), despite the wording of Consideration 30 of Regulation 1215/2012.

6 Appeal to the Court of Cassation

As a general rule, in Italy third instance appeal (*rectius*, appeal to the Court of Cassation, that is not necessarily a “third” instance: in fact, whenever a Court of Appeal has subject-matter jurisdiction, e.g. for exequatur of non-EU foreign judgments, the decision is subject to appeal at the Court of Cassation, but such appeal is not a “second” appeal, nor a “third” instance, but rather the “only one” appeal available, and a “second” instance, but

nevertheless the same rules provided for “third instance”/“second appeal” apply) cannot find support in a request to re-examine the evidence (unless it concerns procedural events). However, an indirect check on the fact-finding is anyway allowed if the supporting opinion of the judgment is challenged.

Recent reforms aim at reducing supervision by the Court of Cassation of the supporting opinion of the appealed judgment, but do not eliminate it⁸. Hence the conclusion that no check of the fact-finding at all is allowed in the Italian Court of Cassation is grossly exaggerated, and quite misleading in the practice of law: in fact, a wise lawyer would never miss the opportunity to challenge the appealed decision’s fact-finding whenever it is clearly erroneous (futile, by contrast, is such a challenge when the fact-finding may be erroneous, but is not clearly so). The only limitation to fact-finding in the Italian Court of Cassation that really nobody can overcome is that no oral evidence is allowed in the proceeding.

Hence, Art. 49 and Art. 50 of Regulation 1215/2010 were implemented in Italy providing both for an appeal with full review of the merits at the Court of Appeal, and a further appeal to the Court of Cassation on grounds of violation of law with limited review of the fact-finding.

Member States involved in the project generally accord the losing party the same opportunities to appeal granted by general rules: in this perspective, it is especially worth noting that in the U.K., coherently with the common law tradition, even in the first appeal review of fact-finding is limited. However, this does not seem to infringe the not very demanding provision of Art. 49, since at least the right to challenge the decision to a different judge is respected.

However, Austria reportedly exceptionally allows appeal at the Supreme Court against appellate judgments concerning recognition and enforcement of EU decisions even when the appellate judgment totally confirmed the first-instance one (while ordinarily such second appeal would be reportedly inadmissible). Slovenian law, by contrast, is reportedly still unclear with respect to the limits of review of facts within the appeal at the local Supreme Court against appellate judgments concerning recognition and enforcement of EU decisions.

The most troublesome cases are Sweden and Portugal, reportedly not

⁸ The latest one was amendment of Art. 360 of the Code of Civil Procedure by law no. 134 of 7 August 2012: on its impact see, e.g., the essays collected in *La Cassazione civile*, eds. M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, Cacucci, Bari 2015, esp. 31 ff.

granting the losing party first appeal as of right against judgments on recognition and enforcement. This would run against Art. 49 so clearly that, rather than amendments to Regulation 1215/2012, enforcement of the current rule by a holding of the European Court of Justice seems necessary.

Other differences between the Member States involved in the project with respect to this issue, however, legitimately reflect different conceptions of the role of the Supreme Court within the judiciary: in fact, pursuant to art. 50, a second appeal is not mandatorily available. Further harmonization, hence, would require relinquishments of sovereignty in an especially sensitive field, and would be difficult to implement in an effective way.

7 Standing for refusal of recognition and enforcement

Standing for refusal of enforcement pursuant to Art. 47 of Regulation 1215/2012 is granted only to the party against whom enforcement is attempted. However, standing for refusal of recognition (that implies unenforceability) is granted by Artt. 36 and 45 of the same to any interested party.

None of the Member States involved in the project reportedly adopted different solutions, albeit in Austria some doctrinal analysis seems to cast doubts about standing of any interested party (however, since the wording of the relevant rules on this point is already very clear, such doubts would be rapidly swept away by the European Court of Justice), with the exception of Portugal, reportedly granting standing only to the party against whom enforcement is attempted: if this was actually true, a holding of the European Court of Justice reestablishing the correct interpretation would be necessary.

8 Provisional measures pursuant to Art. 44, § 1, of Regulation 1215/2012

Orders pursuant to Art. 44, § 1, of Regulation 1215/2012 are provisional measures, and according to rules governing enforcement procedures already dealt with above they are issued (or denied) by a single judge, whose ruling is subject to challenge to be decided by a panel of three of the same court (without the participation of the first judge).

The Slovenian report seems to support, relying upon English doctrinal sources, the conclusion that Consideration 31 forbids the courts of the State of destination from granting such measures whenever refusal of enforcement is asked on national law grounds. This interpretation, however, is not convincing from the technical point of view, not only because nothing in the wording of Consideration 31 allows it (since it only grants access to

measures), but also and foremost because such reading implies, contrary to general principles, that the enforceable title would be even more effective in the State of destination than in the State of origin (since in no Member State the debtor is precluded from obtaining a stay of enforcement of a local title on national law grounds, albeit sometimes, as already seen above, the authority entrusted with such power may be different from the court hearing applications for refusal of enforcement).

On the contrary, the power to grant stay of enforcement on national law grounds, insofar as they do not conflict with Art. 45 of Regulation 1215/2012 (within the meaning already explained above), is also governed by national law: hence, a debtor pleading that the credit has already been paid may well obtain a stay of enforcement, or other similar protective measures provided by local law, even when the enforceable title is a EU decision. Amendment of Regulation 1215/2012 for clarification, however, does not seem necessary, since actually no explicit rule and no case law are reportedly precluding a debtor challenging enforcement of a EU decision on such national law grounds from obtaining a stay.

9 Stay of enforcement pursuant to Art. 44, § 2, of Regulation 1215/2012

As already seen above, whenever enforceability of the decision is stayed in the Member State of origin, enforcement in the Member State addresses is also subject to mandatory stay, at the request of the debtor, pursuant to Art. 44, § 2, of Regulation 1215/2012. None of the Member States involved in then project reportedly developed problems with this rule.

6. Final remarks.

With respect to remedies concerning recognition and enforcement of foreign decisions, lack of uniformity between the Member States involved in the project mainly depend from choices pertaining the realm of their residual sovereignty in politically sensitive fields, reflecting various degrees of openness to foreign legal systems, or of confidence in the various echelons of the enforcement authority. This holds especially for differences in the way non-EU judgments are recognized, in the general principles governing allocation between different courts of challenges to enforcement, or degrees of specificity required for oppositions in enforcement.

Other reported lacks of uniformity depend from direct violations of Regulation 1215/2012 clear wording, and deserve a holding of the European Court of Justice reestablishing the hierarchy of the sources of law. This

holds especially for: the U.K. requirement that an applicant for refusal of recognition of a EU decision present written evidence in support; Swedish and Portuguese limits to appeal as of right of the losing party in proceedings concerning recognition or enforcement of EU decision; Austrian and Portuguese law apparently not clearly granting, to interested parties different from the party against whom enforcement is sought, standing to apply for refusal of enforcement as an implication of refusal of recognition.

A revision of Regulation 1215/2012 would be useful, albeit not necessary for purposes of harmonization, to solve the contrast between sound systematic analysis of Art. 51 on one side, and European Court of Justice case law, forbidding the court of the State of destination from granting a stay of enforcement upon an evaluation of the probabilities of success of the ordinary remedy filed against the decision whose enforcement is sought, on the other side.

FRANCIS JACOBS¹

*THE CURRENT STATUS OF THE BREXIT NEGOTIATIONS, AND
THE IMPLICATIONS OF BREXIT FOR THE UNITED KINGDOM
AND THE EUROPEAN UNION*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The origins of Brexit and the outcome, so far, of the negotiations. – 3. Brexit and the European Parliament elections of May 2019. – 4. The UK after Brexit. – 5. The EU after Brexit. – 6. Concluding remarks.

1. Introduction.

The talk looked at the Brexit process in its wider context and at its possible longer term impacts. The main issues that were covered were the origins of Brexit and the outcome, so far, of the negotiations, the impact of Brexit on the EP elections, and finally the implications of Brexit both for the UK itself and for the remaining EU.

At the time of the talk in August 2019 it was still possible that Brexit would not take place at all, but the author's conclusion was that it was still highly likely to occur. What was even more uncertain, however, was whether Brexit would take place on the basis of a formal Article 50 Withdrawal Agreement or else on a no-deal basis, with the relationship having to fall back on World Trade Organisation Terms (WTO). Since the talk was given the immediate risk has been averted, but the EU-UK negotiations on a longer term EU-UK relationship are only starting now, and the risks of a new cliff edge in December 2020 are still very real.

2. The origins of Brexit and the outcome, so far, of the negotiations.

The talk began by reviewing the origins of Brexit, beginning with the longer term historical tension between Britain as a continental and as a mar-

¹ Adjunct Senior Research Fellow at University College Dublin, Visiting Professor at Collegio Europeo, Parma and former European Parliament staff member 1979-2016.

itime power and the consequent uncertainty as to the extent and form of its involvement on the European mainland. It went on to look at its very different wartime experience from other EU countries, its imperial legacy and nostalgia, and its reluctance to join in the post war European integration projects. The UK did eventually decide to join in the EEC in the 1960s but was rebuffed by De Gaulle and only joined in 1973, without a referendum. A referendum on whether to stay in the EU was eventually held in 1976, mainly to deal with European divisions within the Labour Party. In spite of the strong affirmation of UK membership in that referendum, within 7 years the Labour Party was advocating UK withdrawal from the EU without a new referendum.

This was a continuing feature of UK membership of the EU. When one of the two major parties, Conservatives and Labour, was in favour of EU membership, the other was often opposed. The Conservatives got the UK into the EU and many in the Labour Party were hostile. Later on the Labour Party switched to a more positive approach and the Conservative Party then became more and more Eurosceptic, in particular after the battle to ratify the Maastricht Treaty under John Major. The UK was able to negotiate special regimes (such as on its EU budgetary rebate) and opt-outs, as from Schengen and membership of the Euro Zone.

All this was the backdrop to David Cameron's promise to hold an in-out referendum, which was eventually held in June 2016 and led to a UK-wide decision to leave the EU on a 52-48% basis, but with great divisions on the matter between England and Wales, which voted to leave, and Northern Ireland, which voted to remain. Other divisions also opened up between more pro European cities and more Eurosceptic small towns and former industrial regions, as well as between younger and older voters and those with different levels of education. The talk examined the outcome of the referendum in some detail.

After looking at the outcome of the referendum, and its highly divisive aftermath, the talk went on to look at the negotiations that had taken place so far under Theresa May (Boris Johnson had only recently replaced her at the time the talk was given, and the negotiations that took place under his leadership were not described). The talk examined Article 50 and its ambiguities, and its triggering by the UK government without a clear idea of what the UK wanted. It discussed May's red lines of no single market, no customs union, and of no European Court of Justice jurisdiction and of the need for a "bespoke agreement" (ie a "sui generis" model, not following the pattern of other agreements) between the EU and the UK, but without defining what this might actually mean.

The structure of the EU and UK negotiating teams was described as well as the discrepancy between EU unity and relative clarity and UK disunity and ambiguity on their respective objectives and strategies. The question of the sequencing of the talks was also discussed and the different perspectives on whether it was wise or mistaken to insist on completing the withdrawal agreement before looking at the possible elements of a longer term EU-UK agreement.

The talk then reviewed the main sticking points in the EU-UK negotiations over the Withdrawal Agreement, firstly citizens rights (the position of EU citizens in the UK and of UK citizens in the EU), secondly the money that was owed by the UK (which looked as if it might be a major problem early on in the process, but then receded in importance) and thirdly the question of the Irish border, the only land border between the EU and the UK after Brexit. This potential problem had hardly been raised at all during the referendum, but later emerged as the single most difficult issue in the negotiations, and one which was to be incredibly divisive within the UK political class.

The talk examined the Irish border question in some detail, its 500 kilometre length and multiple crossing points, the fact that there were large numbers of exclusively Irish citizens north of the border (since the Good Friday Agreement permitted Northern Irish people to choose between British or Irish citizenship or both), the complex nature of north-south cooperation on the island of Ireland, the almost 30 years of “Troubles” in the North of Ireland, and the huge sensitivities that were thus still involved. It went on to look at the implications of a possible hard border on the island of Ireland both for the integrity of the EU Single Market and Customs Union, but also for the Irish Peace Process and the 1997 Good Friday Agreement. The support that Ireland received on this issue from the other EU Member States was also described, as were some of the possible solutions to this problem, in particular the creation of a possible “Backstop” or safeguard mechanism. This would prevent a hard border on the island until a longer term solution was to be agreed, but should it apply to the whole of the UK or should it be restricted to Northern Ireland only?

A UK-wide Backstop would be easier to apply, but was seen by Brexiters in the UK as keeping them in the single market and customs union for an indefinite period. On the other hand a Northern Ireland backstop could be difficult to implement and would require controls between Northern Ireland and the rest of the UK, a matter which was anathema for those concerned with the integrity of the United Kingdom. All this was the single

most important factor in the rejection of Theresa May's negotiated deal on three occasions in the UK House of Commons.

The first section of the talk concluded with a review of the current outlook for Brexit at a little over two months before the new deadline of 31 October 2019. It highlighted the complete uncertainty that still prevailed at the time of the talk, that subsequently intensified in the autumn of 2019 and that was only removed by the negotiation of a modified deal under Boris Johnson, and his subsequent victory in the December 2019 UK general election, and that led to EU-UK agreement on the Article 50 Withdrawal Agreement and the later departure of the UK from the EU on the postponed date of 31 January 2020.

3. Brexit and the European Parliament elections of May 2019.

The second section of the talk looked at the impact of Brexit on the EP elections.

Brexit was obviously the dominant issue in the UK EP elections. Until a few weeks before the elections the UK was not expecting to take part at all, as it was after the initial deadline for UK departure from the EU in March 2019. When this deadline was put back to the end of October, UK participation in the elections became inevitable and effectively became a proxy battle between pro and anti Brexit political forces.

The outcome within the UK was that traditional political geography was overturned, with a party (the Brexit Party) created weeks before the elections winning 29 of the 73 seats, with the main government Conservative party only winning 4 of the 73 seats, the main opposition Labour party only winning 10 seats and being unrepresented in Scotland and only the third party in Wales and the Liberal Democrats and Greens having their best ever elections, along with the Scottish and Welsh Nationalists. Brexit was also of key importance in the Northern Ireland constituency of the United Kingdom, with all of the parties going into great detail into the Brexit issue in their manifestos and with parties opposed to Brexit winning two of the three seats.

Elsewhere, however, and even in Ireland, Brexit did not become one of the key issues in the elections, and it is hard to point to any direct discernable impact on the performance of individual parties. In most European countries Brexit was hardly discussed and both the European manifestos of the European political parties and national party programmes devoted little space to the issue, with a limited exception being in Germany. Moreover,

Brexit was largely left out of the various debates between the European Parties lead candidates (“Spitzenkandidaten”)

Brexit may, however, have had some important indirect effects on the elections, with the chaos in the UK possibly leading to a weakening of anti-European public opinion in a number of countries and perhaps even to a rise in voter turnout because of the timely reminder of the value of the European Union.

The talk also briefly reviewed the possible implications of the EP elections outcome for the Brexit process itself, starting with whether the change in the composition of the Parliament would affect its attitudes to Brexit and how the new EP would organise itself to follow and to try and influence the later EU-UK negotiations. It also looked at the continuing role of UK MEPs in the period before Brexit, as they would continue to be full participants in the votes and other work of the EP, and indeed had significant power positions within the EP, such as chairmanship of important EP committees.

This section of the talk concluded with an analysis of how Brexit, if and when it took place, would modify the composition of the European Parliament, as the result of the loss of 73 UK seats and the re-allocation of 27 of these seats to 14 Member States who were felt to be under-represented in the existing European Parliament under its system of “degressive proportionality” (Ireland, for example, would go up from 11 to 13 seats, as Irish MEPs represented more voters per capita than those in more populous countries, such as Denmark or Finland, contrary to the principle of degressive proportionality). The talk pointed out that some Member States would thus gain more seats and others not, some political groups would benefit and others lose. There would, therefore, be significant impacts in terms of changes in national representation and in the balance between the political groups within the Parliament.

France, Italy, the Netherlands and Spain would be the most affected Member States as they would obtain 16 of the 27 re-allocated seats. Ireland, as mentioned, would receive 2 extra seats and 9 other Member States would receive 1. On the other hand 13 Member States would be unaffected by the re-distribution.

The likely result of this for the political groups would also be very variable. The balance between the European Peoples Party(EPP) and the Socialists (S&D) would shift in the former’s favour, as the EPP would gain 5 members and lose none, whereas the S&D would lose 10 MEPs and only gain two. The liberal Reform Europe group would also have a significant

net loss (losing 16 and gaining 4), as would the Greens/EFA Group (loss of 11 and gain of 5). The European Conservative and Reform Group (ECR) would have a net loss of 3 (4 losses and 1 gain). The left wing GUE group would remain at around the same level. The right wing ENF Group would have a gain of 3 seats but the EFDD Group, in its current composition, would lose its 29 UK members and the only other large party within the group, the Italian 5 Star Movement, would be forced to look for a new group affiliation.

4. The UK after Brexit.

The third section of the talk looked at a post-Brexit UK. What were the prospects of a successful longer-term trade and security agreement between the EU and the UK? Would they lead to high or low tariffs or an essentially free trade zone? Would the UK lower its standards to gain competitive advantage, not least in the negotiations of its own new trade deals with third countries and what degree of alignment would there be on standards and regulations? Would such alignment be of a dynamic nature, and thus reflect new regulations within the EU, or would this be too much of a restraint on the freedom of the UK to diverge from the EU after Brexit?

What kind of longer term links and structures might be forged between the EU and the UK, such as an EU-UK Association Agreement and ongoing links between UK political parties and European political families? What EU programmes and agencies might the UK wish to opt in to (so as not to have to create its own regulatory agencies or to be cut out of programmes such as Erasmus)?

Even more fundamentally, what kind of UK might emerge after Brexit, the “global Britain” beloved of the Brexit internationalists or a more inward looking UK more in tune with those Brexit-supporting voters worried about immigration and about being left behind by globalisation? How open a regime would there be towards those planning to live and work in the UK?

Finally what might the constitutional impacts of Brexit be for a divided UK, where two of its four component nations had opted to remain within the UK. In a country without a written constitution and asymmetric level of devolution what impact might Brexit have on the very unity of the United Kingdom? Might it further the cause of Scottish independence and lead to intensified debate on the process of Irish unification?

5. The EU after Brexit.

The final section of the paper looked at a post-Brexit European Union, and its shorter and longer-term implications. What would the impacts be on public opinion in the different EU Member States? Would they be tempted to imitate Brexit or to have a greater appreciation of the value of the EU? The talk pointed out that the short term impact seemed to be in the latter direction, with more positive (or at least less negative) views on the EU, not least because the chaotic Brexit process had served as a warning to others. On the other hand would this change once the UK had actually left the EU and was making its independent way in the world?

An even more basic question was whether Brexit would lead to a stronger and more cohesive or to a weaker or even disintegrating EU, or else one that was not so very different from what we already have? It was too early to really make a judgement on this. UK departure would obviously weaken the EU in many ways, but there were few signs that the EU's very existence was being questioned. Much deeper integration seemed unlikely and the mantra of perhaps doing more in fewer areas seemed to be increasingly popular.

In addition, how would the balance of power between its member states be affected by Brexit, would Germany or else the Franco-German partnership become even more important, and what would be the position of the other larger Member States, such as Italy, Spain and Poland and finally of the smaller and medium size Member States? What new coalitions might be formed between Member States? What impacts might there be on the EU institutions, such as on voting weights within the Council and on the structures of the European Parliament and of its political groups?

Another set of questions related to the possible legacy of the 47 years of UK membership of the EU. Would it continue to have an impact on the ongoing nature of the EU and of its procedures? Would there be changes to the EU linguistic regime, would the increasing dominance of English be lessened or even reinforced after Brexit (not only because it is more and more spoken, but also because it would no longer be the language of one of the larger Member States and thus become more "neutral")?

The final part of the talk raised the question of whether there would be post-Brexit changes to the policies that the continuing EU might pursue. For example would it continue to be an open and liberal EU or become more protectionist, would the scope of EU competition policy be re-visited (with perhaps more emphasis on the creation of EU-wide champions), what budget would it have (an immediate problem with the ongoing Mul-

ti-Annual Financial Framework (MFF) negotiations), would the EU put a greater emphasis on social policy or cooperation on security and defence, what would be the new relationship between those Member States in the Eurozone and those outside it? What other impacts might there be on the policies that it pursues? All these questions were now open and very real.

6. Concluding remarks.

The talk was given in late August 2019 when the future outlook on Brexit was still uncertain. Since the talk was given the EU-UK Withdrawal Agreement has been concluded and the UK has finally left the European Union on 31 January 2020. The uncertainty now applies to the negotiations on a longer term framework trade and security agreement between the EU and the UK.

It is unclear whether they will be successful and on what basis, whether the relationship will be a closer or more distant one, and even whether they might fail altogether. Whatever the outcome, the part of the Withdrawal Agreement that relates to the status of Northern Ireland will continue to be in force, at least for several years but probably, if it is supported by a majority in the Northern Ireland Assembly, for a much longer period. How it will be implemented in practical terms, however, remains uncertain, as do the longer term political implications.

The talk at Urbino, however, went beyond the narrower issue of the EU-UK Brexit negotiations, but also posed wider questions about the impacts of Brexit on both the United Kingdom and on the 27 Member States of the continuing European Union. The questions that were posed in these contexts were inevitably speculative, but remain as important and relevant as ever.

IRENE MACCAGNANI, ILARIA PRETELLI¹

LA LEGGE APPLICABILE AI PATTI PARASOCIALI IN SVIZZERA
ANALISI E PROSPETTIVE ALLA LUCE DI UN CASO DI STUDIO

SOMMARIO: Introduzione. 1. La teorizzazione dei patti parasociali nella dottrina e giurisprudenza italiane. – 2. I patti parasociali nel diritto svizzero delle società. – 3. Il problema della qualificazione – 4. Il patto parasociale tra *lex contractus* e *lex societatis*. – 5. La *lex societatis* nel diritto internazionale privato svizzero: l'art. 154 LDIP. – 6. Sull'inapplicabilità dell'art. 159 LDIP. – 7. Conclusioni.

Introduzione

Una società di diritto svizzero eroga un finanziamento a una società di diritto italiano. Il finanziamento è volto a consentire alla società di diritto italiano l'avvio di un cantiere navale. Contestualmente all'erogazione viene firmato un patto con il quale l'azionista principale della società italiana si impegna a: 1. risarcire qualsiasi danno patrimoniale che dovesse risultare al socio di maggioranza della società svizzera in conseguenza del finanziamento; 2. cedere gratuitamente al socio principale della società svizzera il 20% delle quote della società di diritto italiano; 3. considerare il socio principale della società svizzera come membro a pieno titolo del Consiglio di amministrazione della società italiana. D'altra parte, il socio principale della società svizzera si impegna a erogare i finanziamenti necessari a garantire la piena operatività del cantiere navale.

Qualcosa va storto e l'azionista principale della società svizzera chiede che sia data piena esecuzione al patto in questione, in particolare che il socio principale della società italiana lo tenga indenne, come da obbligazione assunta con il patto. Occorre però preliminarmente chiarire quale relazione

¹ Il presente contributo è nato dalle ricerche condotte da I. Maccagnani, assieme e sotto la supervisione di I. Pretelli presso l'Istituto svizzero di diritto comparato di Losanna. Sebbene sia frutto di una stretta collaborazione, i paragrafi 1, 2 e 3 sono attribuibili alla prima autrice, l'introduzione e i restanti paragrafi alla seconda. Il caso, del tutto immaginario nella formulazione che gli si è data, è stato ispirato da alcuni casi reali.

vi sia tra le parti e, soprattutto, in base a quale legge, l'italiana o la svizzera, debbano essere valutate la liceità dell'accordo e la sua esecutorietà.

1. La teorizzazione dei patti parasociali nella dottrina e giurisprudenza italiane

La nozione di patto parasociale risale a una monografia di Giorgio Oppo del 1942². In essa, l'autore definisce i patti parasociali come quegli "accordi stipulati dai soci – alcuni o anche tutti fuori dell'atto costitutivo e dello statuto – per regolare *inter se* o anche nei rapporti con la società, con organi sociali o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale"³.

Osservando le varie forme di patti parasociali in uso, Oppo costruì tre categorie entro le quali sussumere la maggior parte di essi. L'autore distingue i patti in funzione del loro contenuto, della qualità delle parti stipulanti e del rapporto di queste ultime con la società in relazione alla quale il patto è concluso.

In una prima categoria Oppo fa rientrare i contratti che producono effetti tra i soli soci stipulanti, ossia i patti che, in linea di principio, non hanno effetti favorevoli o sfavorevoli per la società e per gli altri soci ma solo ripercussioni indirette o di fatto⁴. Si tratta, ad esempio, dei patti mediante i quali i soci si garantiscono reciprocamente un dividendo minimo o concordano la distribuzione degli utili o la ripartizione delle perdite in misura differente rispetto a quanto previsto dal contratto sociale. Tutti questi accordi servono ai soci per regolare i loro reciproci rapporti e "non hanno ripercussione giuridicamente apprezzabile sulla società e sul rapporto sociale"⁵.

Una seconda categoria comprende i contratti volti a procurare vantaggi (indiretti) alla società a carico dei soci. Rientrano in questa categoria quei contratti mediante i quali i soci si fanno carico dei debiti sociali in misura superiore a quanto stabilito dal contratto sociale, o mediante i quali i soci determinano un aumento del capitale sociale in presenza di determinati presupposti, o ancora il patto di non concorrenza⁶.

² G. OPPO, *I contratti parasociali*, Giuffrè, Milano 1942.

³ T. BALLARINO, E. BALLARINO, I. PRETELLI, *Diritto internazionale privato italiano*, VIII ed., CEDAM, Padova 2016, p. 168, che riprende la nozione di patto parasociale di Oppo.

⁴ G. OPPO, *op. cit.*

⁵ *Ivi*, p. 13 ss. In argomento, si veda F. BOLOGNA, *I patti parasociali nel diritto internazionale privato*, Tesi di dottorato, Parigi-Padova, 2009.

⁶ *Ibidem*.

Da ultimo, una terza categoria include i contratti che hanno una diretta incidenza sulla società, “o in quanto siano diretti ad influire sulla sua vita e sulla determinazione della sua azione o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera dei diritti della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale”⁷. In questa categoria rientrano principalmente “i sindacati azionari o quelle autorizzazioni date dai soci *uti singuli* ad altri soci od organi sociali per il compimento di atti che ricadono sulla società o che dispongono di diritti di questa”⁸.

Grazie alla poderosa ricostruzione teorica dell'autore, la giurisprudenza italiana ha potuto sviluppare progressivamente una consistente giurisprudenza sul valore giuridico dei patti parasociali.

In un primo tempo si fece dipendere la liceità dei patti parasociali dalla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, da valutarsi conformemente ai parametri di cui all'art. 1322 c.c. Ragionando sulla natura contrattuale dei patti parasociali e qualificandoli dei “contratti atipici”, si affermò che la loro legittimità dovesse essere vagliata, caso per caso, usando i parametri di cui all'art. 1322, II comma, c.c., ossia verificando dapprima la non illiceità degli interessi perseguiti e, in un secondo momento, la loro meritevolezza di tutela.

Seguendo questo approccio, si ritennero illegittimi quasi tutti i sindacati azionari, ossia quel tipo di patti parasociali attraverso i quali i soci si accordano in anticipo sui voti da esprimere in occasione delle delibere degli organi sociali (c.d. sindacati di voto e di blocco). Si riteneva, infatti, che questo tipo di patti determinassero una “violazione dei diritti fondamentali dei soci e del corretto funzionamento dell'organo assembleare inteso quale sede esclusiva di formazione della volontà societaria”⁹. L'illegittimità discendeva, secondo questa prima ricostruzione, dalla non negoziabilità del diritto di voto, la cui manipolazione era suscettibile di compromettere il metodo assembleare. Il sindacato di voto, privando di fatto l'organo assembleare dei suoi poteri, non poteva che compromettere l'interesse sociale. Altra ragione di ostilità derivava dalla difficoltà di ricostruire l'oggetto della convenzione, la cui indeterminatezza era parsa comportare necessariamente l'invalidità del patto.

⁷ *Ibidem*.

⁸ F. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 28.

⁹ *Ivi*, p. 37 ss. e riferimenti *ivi* citati.

Di converso, si ritennero legittimi i sindacati di voto adottati all'unanimità così come i sindacati di voto circostanziati quanto all'oggetto e limitati nel tempo dal momento che tali caratteristiche, scongiuravano il rischio di uno svuotamento permanente dei poteri dell'assemblea societaria.

Già in questa prima fase, la Corte di cassazione italiana stabilì l'esigenza di un apprezzamento caso per caso della legittimità dei patti parasociali, identificando progressivamente le condizioni e i limiti degli stessi. Le problematiche ricavate dall'esame della casistica rientrano essenzialmente in due tipologie. In primo luogo, furono ritenuti illegittimi i patti parasociali in contrasto con le norme e i principi, di carattere imperativo, che riservano all'assemblea la funzione deliberativa, quella di formazione della volontà della società. Il patto parasociale risulta illegittimo ogni qual volta ha l'effetto di sopprimere radicalmente la libertà di voto, quando ha per conseguenza la formazione di una maggioranza assembleare "fittizia". In secondo luogo, quando il patto parasociale persegue – e raggiunge, grazie alla delibera societaria "guidata" – interessi che si pongono in contrasto con quelli della società¹⁰.

In un secondo momento si riuscirono a "tipizzare" delle categorie di patti parasociali *a priori* legittimi. Tra questi figurano, in particolare, i sindacati di voto con i quali i soci "si obbligano a votare come stabilito dalla maggioranza", per periodi limitati nel tempo e per delibere determinate anche quanto al loro oggetto. Questo tipo di patti appare legittimo perché risponde a un interesse della società: quello di aumentare l'efficienza dell'assemblea nell'adottare decisioni¹¹.

Bisognerà aspettare gli anni '90 per riconoscere piena liceità ai patti parasociali, qualificandoli "convenzioni atipiche meritevoli di tutela"¹².

In questo contesto, il legislatore intervenne dapprima con il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, al fine di regolamentare i patti parasociali relativi alle società con azioni quotate in borsa e le loro controllanti. Quindi, con la riforma del diritto societario del 2003, che introduce un'apposita sezione dedicata ai patti parasociali all'interno del Capo V del Libro V del Titolo V del codice civile italiano¹³.

¹⁰ Si vedano in particolare Cass. 7030/94 e Cass. 28478/08.

¹¹ Trib. Milano, 28 marzo 1990, in *Giur. comm.*, 1991, p. 786.

¹² Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. comm.*, 1997, p. 50 ss. In argomento, si veda F. BOLOGNA, *op. cit.*

¹³ Con il D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il legislatore italiano ha aggiunto al cod. civ. italiano la Sezione III *bis*, rubricata "Dei patti parasociali". Nella legge di delega n. 366/2001

Di recente, la Corte di Cassazione italiana ha stabilito inoltre che non osta alla qualificazione di patto parasociale la partecipazione di terzi, ossia di soggetti estranei alla società in relazione alla quale il patto è stipulato:

“[è] valido l’accordo negoziale stipulato tra soci e terzi avente ad oggetto la ricapitalizzazione di una società a responsabilità limitata e la sua trasformazione in società per azioni anche se la delibera societaria possa astrattamente ritenersi viziata perché assunta sulla base di una situazione patrimoniale non corrispondente a quella reale”. “I patti parasociali”, continua la Suprema Corte, “in quanto destinati a disciplinare convenzionalmente l’esercizio di diritti e facoltà dei soci, non sono vietati e possono essere stipulati non solo tra soci ma anche tra soci e terzi” [p]ur essendo vincolanti esclusivamente tra le parti contraenti e non potendo incidere direttamente sull’attività sociale, i patti parasociali devono ritenersi illegittimi solo quando il contenuto dell’accordo si ponga in contrasto con norme imperative o sia idoneo a consentire l’elusione di norme o principi generali dell’ordinamento inderogabili ma non quando sia destinato a realizzare un risultato pienamente consentito dall’ordinamento”¹⁴.

Nell’ultima categoria Oppo fa rientrare i contratti dotati della capacità d’incidere direttamente sulla società, “o in quanto siano diretti ad influire sulla sua vita e sulla determinazione della sua azione o in quanto addirittura invadano giuridicamente la sfera dei diritti della società e la competenza dei suoi organi sostituendo a questi ultimi i singoli soci o la loro somma operanti in veste extrasociale”¹⁵. Rientrano in tale categoria “i sindacati azionari o quelle autorizzazioni date dai soci *uti singuli* ad altri soci od organi sociali per il compimento di atti che ricadono sulla società o che dispongono di diritti di questa”¹⁶.

(“Delega al governo per la riforma del diritto societario”), all’art. 4, co. 7, lett. c), si stabiliva che scopo della riforma era “prevedere una disciplina dei patti parasociali, concernenti le società per azioni o le società che le controllano, che ne limiti a 5 anni la durata”. Si vedano, in particolare, gli articoli 2341-bis e 2341-ter cod. civ. italiano.

¹⁴ Cass. 18 luglio 2007, n. 15965. Si veda anche Cass. I, 28 aprile 2010, n. 10215.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ F. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 28.

2. I patti parasociali nel diritto svizzero delle società

A differenza del diritto italiano, il diritto svizzero delle società non ha ancora codificato i patti parasociali¹⁷.

Tuttavia, in dottrina si è rilevato come “[i]n einem Aktionärsbindungsvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien dazu, Aktionärsrechte in einem bestimmten Sinne auszuüben”¹⁸. L’elemento caratterizzante il patto è quindi l’impegno delle parti ad esercitare in un certo modo i loro diritti azionari. Pertanto, almeno una parte del patto deve essere un azionista, attuale o futuro che sia¹⁹.

Se ciò non contrasta con la sfera di competenze della società, anch’essa può divenire parte di un patto parasociale²⁰. Come quella italiana, la dottrina svizzera riconosce l’esistenza di diversi tipi di patti parasociali.

Si distinguono in primo luogo gli *Stimmbindung*, ossia i sindacati di voto, mediante il quale le parti si impegnano ad esercitare il loro diritto di voto in assemblea in un certo modo²¹.

Secondo il diritto svizzero, il solo obbligo dei soci nei confronti della società consiste nel pagamento del prezzo di emissione delle azioni da loro sottoscritte (c.d. *Liberierung*)²², conseguentemente, il patto può divenire un mezzo per stabilire ulteriori obblighi in capo ai medesimi, quali ad esempio doveri di fedeltà e cooperazione (*Treue- und Mitwirkungspflicht*). Potrebbero rientrare in questa categoria i patti mediante i quali i soci si obbligano ad astenersi dal fare concorrenza alla società, noti anche al diritto italiano.

¹⁷ P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, Schulthess, Basel 2009, p. 1535 ss. Relativamente alla prospettata riforma del diritto delle società, l’autore ricorda che «[n]ach der Kritik, die laut wurde, hätte die Reformvorlage mindestens folgende Fragen lösen müssen: a) eine rechtliche Gewähr für die Möglichkeit, Aktionärsbindungsverträge für die ganze *Dauer des Bestandes der Aktiengesellschaft*, um deren Aktien es geht, abzuschliessen, und b) die Sicherstellung, dass solche Verträge wohl unter den Parteien, *nicht aber gegenüber der Aktiengesellschaft selbst verbindlich* sind».

¹⁸ H.C. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern 2014, p. 687.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ H.C. VON DER CRONE, *op. cit.*, p. 688.

²² *Ivi*, p. 687. Tale principio è espresso all’art. 680, paragrafo 1, legge sul diritto delle obbligazioni (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – Fünfter Teil: Obligationenrecht; Legge federale del 30 Marzo 1911). L’autore precisa che, una volta adempiuta tale obbligazione, all’azionista non restano che diritti.

Altri tipi di patti sono quelli mediante i quali i soci si impegnano ad acquistare/fornire determinati prodotti dalla/alla società (*Liefer- und Abnahmeverpflichtungen*)²³.

Ancora, mediante un patto parasociale i soci possono obbligarsi finanziariamente nei confronti della società (*Nachschusspflichten*), per esempio fornendo capitale aggiuntivo in caso di necessità²⁴.

La conclusione di un patto parasociale può inoltre essere un mezzo mediante il quale uno o più soci assumono la responsabilità personale (e se si tratta di più soci, di solito solidale) per i debiti contratti dalla società nei confronti di un terzo, ad esempio una banca (*Persönliche Haftung für Schulden der Aktiengesellschaft*)²⁵.

Questi ultimi tre tipi di patti vengono classificati dalla dottrina, in relazione al loro contenuto, all'interno di una stessa categoria: quella degli accordi patrimoniali (*Vermögensrechtliche Vereinbarungen*)²⁶.

La dottrina descrive ancora, tra gli altri tipi di patti, quelli volti a regolare i diritti di acquisto di quote sociali o i divieti di alienazione delle stesse (*Erwerbsrechte und Veräußerungsverbote*).

Questi sono solo i principali tipi di patti parasociali dal momento che il patto parasociale può avere numerosi altri possibili "contenuti". Ad esempio, nei patti parasociali di lunga durata si trovano spesso inserite clausole che disciplinano la procedura di modifica dell'accordo, o che regolano la sua estinzione. In tal modo si prevede la possibilità di adeguare il rapporto in base alle esigenze sopravvenute alla sua conclusione. Il patto potrebbe poi contenere anche regole relative al suo adempimento, con previsione di sanzioni per il caso di inadempimento²⁷.

Quanto agli effetti, i patti parasociali vincolano soltanto i soci che ne sono parti. Coloro che non ne sono parti, non possono pertanto farvi affidamento²⁸.

Venendo ora alla qualificazione giuridica del patto, che costituisce l'aspetto più discusso in dottrina, si è rilevato come i patti parasociali possano

²³ *Ivi*, p. 693. In questo caso, l'autore precisa che se la società ottiene solo vantaggi, essa può anche non essere parte dell'accordo. Al contrario, se essa assume a sua volta obblighi, dovrà necessariamente partecipare allo stesso.

²⁴ *Ivi*, p. 694.

²⁵ *Ibidem*. Va precisato che qualora i soci assumano un obbligo di garanzia, il patto dovrà rispettare i requisiti formali per essa previsti dal diritto svizzero delle obbligazioni.

²⁶ *Ivi*, p. 693 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 696.

²⁸ *Ivi*, p. 697.

contenere tanto elementi contrattuali quanto sociali. In particolare, si riscontra come il patto assuma natura più contrattuale che sociale ogniquale volta le parti si impegnino principalmente unilateralmente o reciprocamente, come nel caso in cui si limitino a stabilire un diritto di opzione dell'una nei confronti dell'altra²⁹.

Al contrario, là dove gli elementi principali del patto siano il perseguimento di uno scopo comune, e l'apporto di forze o di mezzi comuni, ecco che a prevalere risultano essere gli elementi sociali³⁰. La dottrina svizzera analizza questo tipo di patti ricorrendo ad una *fictio iuris*: la conclusione del patto determinerebbe il venire ad esistenza di una società semplice tra gli stipulanti, una nuova e distinta società retta dagli articoli 530 e ss. della legge svizzera sul diritto delle obbligazioni. Si ritengono generalmente rientrare in tale categoria i patti atti a regolare l'esercizio dei diritti di voto degli azionari, poiché direttamente incidenti sulla vita della società³¹.

La questione cruciale, secondo la dottrina svizzera, è quella di stabilire quale sia la natura del patto parasociale, al confine tra materia contrattuale e materia societaria³².

Per individuarla, si ritiene – come anticipato – che la chiave di volta consista nell'indagare, con cautela, gli elementi dell'accordo, al fine di discernere se l'aspetto prevalente sia o meno il perseguimento di un obiettivo comune.

Tuttavia, come si è giustamente rilevato, un procedimento di questo tipo non sempre risulta agevole: tanto più sono diversi gli scopi perseguiti dall'accordo, tanto più complicata è la questione³³. A queste incertezze, nemmeno la giurisprudenza ha saputo ovviare: da un lato, infatti, non sono molte le sentenze che si occupano di tale problematica; dall'altro, anche quando la questione viene affrontata, non è possibile scorgere una linea di pensiero univoca e coerente da parte della giurisprudenza³⁴.

²⁹ *Ivi*, p. 698.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² K. MAIZAR, *Aktionärbindungsverträge: Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis*, in *GesKR* 2016, p. 93 ss.

³³ *Ibidem*, dove l'autore afferma che «[d]ie Autoren schälen die einzelnen Elemente der einfachen Gesellschaft sorgfältig heraus, wobei es sich zeigt, dass Dreh- und Angelpunkt regelmässig die Frage bildet, ob den Parteien eines ABV ein gemeinsamer Zweck zugeschrieben werden kann». Aggiunge poi che «[d]ie Frage ist umso komplizierter zu beantworten, je mehr sich unterschiedliche Zwecke innerhalb eines Vertrages überlagern».

³⁴ *Ibidem*, dove l'autore afferma che «[a]uch die bundesgerichtliche Rechtsprechung trägt zur Unsicherheit bei, da sie spärlich ist und zudem klare Linien vermissen lässt».

Il problema è particolarmente acuto se si considera che, a seconda della qualificazione giuridica data all'accordo, radicalmente diverso sarà il regime giuridico applicabile: le norme in tema di contratti, là dove si dovesse ritenere prevalente la natura contrattuale; quelle sulle società semplici, là dove si dovessero ritenere prevalenti gli elementi societari.

Traspare quindi già, sul piano del diritto sostanziale, una difficoltà di accettazione di una tale impostazione "fittizia", creata dalla dottrina svizzera per "spiegare" il fenomeno del patto parasociale.

Nel prosieguo, si vedrà come anche sul piano del diritto internazionale privato una tale ricostruzione risulti foriera di incongrue conseguenze.

Agli occhi di un giurista italiano, la teoria proposta dalla dottrina svizzera di considerare il patto parasociale come una "nuova" società (semplice), oltre ad apparire artificiosa, risulta problematica per le conseguenze che ha sul piano del diritto internazionale privato. Occorrerebbe infatti ragionare intorno a una *lex societatis* di *quella* società (il patto), che potrebbe anche divergere dalla *lex societatis* della società, per così dire, principale.

È chiaro che, da un punto di vista privatistico, la teoria del patto parasociale come società semplice si spiega solo alla luce di un'esigenza pratica di inquadrare una fattispecie problematica. Non v'è però nessuna ragione per spingersi fino a qualificare la fattispecie come "società". Esso è, come Oppo insegna, un accordo che si colloca a mezza via non tra un contratto e una società, bensì tra la materia contrattuale e la materia societaria.

3. Il problema della qualificazione

Chiarito che un accordo come quello descritto nell'introduzione del presente scritto va qualificato come "patto parasociale" – sia che si ragioni con le categorie del diritto svizzero, sia che si ragioni con le categorie del diritto italiano – si deve ora verificare quale sia la disciplina internazionale-privatistica applicabile in Svizzera a tale tipo di accordo.

Parallelamente a quanto accade sul piano sostanziale, anche la legge svizzera sul diritto internazionale privato del 18 dicembre 1987 (nel prosieguo, LDIP) non contiene nessuna norma specificamente dedicata ai patti parasociali. Del resto, neppure la legge italiana n. 218 del 1995 contiene norme specifiche per i patti parasociali, e a questa lacuna non hanno posto rimedio neppure i regolamenti europei noti come Roma I e Roma II.

Come rilevato da Oppo, il patto parasociale si colloca a mezza via fra il sociale e il contrattuale, costituendo essi un "peculiare fenomeno della

pratica societaria”³⁵ determinante l’integrazione, o anche il superamento, “del regolamento legale e statutario dei rapporti sociali, con vincoli individualmente assunti dai soci tra loro o anche verso la società, o anche verso terzi organi sociali, che non si appoggiano come a loro fonte alla legge né allo statuto sociale, ma derivano da accordi distintamente conclusi e quindi estranei al regolamento sociale (benché ad esso accessori) dei rapporti interni alla società”³⁶.

Pertanto, come l’eminente autore rileva, “tali accordi e vincoli operano per definizione in materia sociale pur senza far parte del rapporto sociale e derivare efficacia dalla legge della società”. In altre parole, si realizza per il tramite di essi un’interferenza tra il piano sociale e il piano contrattuale.

La conseguenza ch’egli ricava, sul piano della sistematica, è che la loro classificazione debba essere posta in essere “in ragione del diverso grado della loro incidenza (...) sullo svolgimento del rapporto sociale e sulla stessa società, ed eventualmente per il suo tramite sugli altri soci e sui terzi interessati allo svolgimento del rapporto sociale”³⁷.

La prima caratteristica di questi accordi è quindi la loro collocazione *a latere* del contratto sociale³⁸. Vale a dire, il loro essere – appunto – *parasociali*. Questo implica la necessità di tenerli *distinti* dal contratto sociale, pur sempre riconoscendone il legame intercorrente.

È proprio il loro essere *distinti* dal regolamento sociale del rapporto, e a volte il loro sovrapporsi allo stesso, che chiama in causa la materia contrattuale.

Tuttavia, dall’altro lato, il legame con il sociale e l’incidenza che il patto produce sul rapporto societario “conduce a fare i conti con il diritto delle società”³⁹.

Da qui, nasce il problema della loro qualificazione non solo da un punto di vista sostanziale, ma anche dal punto di vista internazionalprivatistico.

Nel diritto internazionale privato, per qualificazione in senso tecnico si intende l’opera di sussunzione di un fatto nell’ambito di una norma giuridica già esistente, al fine di utilizzare il criterio di collegamento posto da

³⁵ G. OPPO, *op. cit.*, p. 1 ss.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, p. 6 ss.

³⁸ F. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 29, che si richiama G. OPPO, *op. cit.*

³⁹ *Ibidem*.

quella norma⁴⁰. In questo primo senso, il procedimento che si realizza è volto “all’applicazione di norme di diritto positivo per la soluzione di un problema concreto e attuale”⁴¹, ed è pertanto a questo tipo di qualificazione cui dobbiamo rifarci⁴².

L’assenza di una norma di conflitto *ad hoc*, infatti, “non evidenzia automaticamente un’assenza di regolamentazione”⁴³.

4. Il patto parasociale tra *lex contractus* e *lex societatis*.

Nel diritto svizzero, la qualificazione dei patti parasociali come accordi, “la loro appartenenza alla categoria del contratto”⁴⁴, conduce alla norma di conflitto dettata dalla LDIP in materia contrattuale, vale a dire l’articolo 117, che si applica in mancanza di scelta della legge applicabile ad opera delle parti⁴⁵.

Infatti, al pari di quanto accade nel Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), dove l’autonomia delle parti è “una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali”⁴⁶, anche nel contesto della LDIP sviz-

⁴⁰ I. PRETELLI, *Garanzie del credito e conflitti di leggi: lo statuto dell’azione revocatoria*, in *Studi e documenti di Diritto internazionale e comunitario*, Editoriale scientifica, Napoli 2010, anche per la dottrina *ivi* richiamata. Nel testo, si analizza un problema analogo al nostro: l’assenza di una norma di conflitto *ad hoc* prevista per l’*actio pauliana* nel diritto internazionale privato italiano.

⁴¹ *Ivi*, p. 20.

⁴² In senso atecnico, invece, qualificare equivale ad individuare la natura di un rapporto giuridico astrattamente considerato al fine di scoprire il criterio di collegamento naturale per esso. Una tale operazione è finalizzata “alla sistemazione di concetti e all’individuazione del criterio di collegamento preferibile o più giustificato da un punto di vista scientifico”, e per tale ragione essa risulta “più utile al legislatore che all’interprete”. Si veda I. PRETELLI, *Garanzie del credito cit.*, p. 19-20.

⁴³ *Ivi*, p. 30.

⁴⁴ T. BALLARINO, *Le società estere*, in *Trattato di diritto privato*, Vol. 17, Tomo III, 2° ed., UTET Giuridica, 2010, p. 267 ss., spec. 303 ss.

⁴⁵ L’art. 117, comma 1, recita, nella sua versione francese, “A défaut d’élection de droit [...]”; in quella tedesca “Bei Fehlen einer Rechtswahl [...]”; in quella italiana “Se le parti non hanno scelto il diritto applicabile [...]”.

⁴⁶ Si vedano, in combinato disposto fra loro, l’art. 3 e il Considerando n. 11 del Regolamento Roma I, disponibile presso <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>. Tra i più recenti contributi al principio dell’autonomia delle parti, si vedano, *ex multis*, H-P MANSEL, *Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law and*

zera si riconosce che la “liberté des parties de désigner le droit applicable au contrat” costituisce un “principe fondamental du droit international privé des contrats”⁴⁷.

Nel caso in cui le parti non si siano avvalse dell'autonomia loro riconosciuta, il contratto è retto dalla legge dello Stato con il quale esso presenta il collegamento più stretto, in ossequio al principio di prossimità. In forza di tale principio, una situazione giuridica caratterizzata da elementi di estraneità deve essere retta dal diritto dello Stato più prossimo alla situazione e che corrisponde al meglio alle aspettative delle parti⁴⁸.

La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980, all'art. 4, stabiliva che il contratto è retto dalla legge dello Stato col quale esso presenta il collegamento più stretto.

Tuttavia, il regolamento Roma I, che ha sostituito la Convenzione di Roma, ha rimpiazzato questo criterio, “jugé trop vague et incertain”⁴⁹, con criteri di collegamento obiettivi specificamente dedicati ad alcuni tipi contrattuali, elencati all'art. 4, par. 1, del detto Regolamento.

Il par. 2 dell'art. 4, poi, costituisce una norma residuale destinata a trovare applicazione per i contratti atipici e misti, rispetto ai quali il primo paragrafo non può trovare applicazione. Essa utilizza il criterio della prestazione caratteristica ai fini dell'individuazione dell'ordinamento giuridico la cui legge è chiamata a regolare il rapporto di cui trattasi.

Pertanto, il criterio del collegamento più stretto assume, nel contesto del Regolamento Roma I, un ruolo sussidiario.

the General Section of the European Conflict of Laws, in S. LEIBLE (a cura di), *General Principles of European Private International Law*, Wolter Kluwer, 2016, p. 131 ss.; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, 2015, spec. il capitolo 9 contenente il commento all'articolo 3 del Regolamento Roma I, p. 285 ss.; C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (RCADI), Vol. 359, 2012, p. 285 ss.

⁴⁷ A. BONOMI, *Art. 116*, in A. BUCHER (a cura di), *Commentaire Romand: Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, 2011, i cui aggiornamenti successivi sono stati messi a disposizione dallo stesso curatore dell'opera al seguente indirizzo <http://www.andreasbucher-law.ch/NewFlash/Commentaire-romand.html>. In Italia, si segnala ad esempio Cass. 17 luglio 2008 n. 19603 che riconosce l'efficacia della scelta della legge italiana risultante da uno degli articoli di un patto parasociale.

⁴⁸ A. BONOMI, *Art. 117*, in A. BUCHER (a cura di), *op. cit.*, p. 1000 ss. Sul principio di prossimità, si veda P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cour général de droit international privé*, in RCADI, Vol. 196, 1986, p. 9 ss.

⁴⁹ A. BONOMI, *Art. 117 cit.*, p. 1000, par. 2.

Esso è innanzitutto previsto all'art. 4, par. 4, che costituisce la norma di chiusura del sistema trovando applicazione solo là dove la legge applicabile non sia determinabile ai sensi dei paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo.

Anche il paragrafo 3 dell'articolo 4 dà risalto alla presenza di "collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2" al fine di correggere il risultato che l'applicazione di dette norme produrrebbe. In altre parole, là dove il risultato prodotto dai paragrafi 1 e 2 sia insoddisfacente, la clausola di salvaguardia di cui all'art. 4.3 conduce all'applicabilità della legge del diverso paese con il quale, appunto, il contratto risulta manifestamente più collegato.

La LDIP, come poc'anzi ricordato, continua a prediligere il criterio del collegamento più stretto, "au détriment de la prévisibilité et de la sécurité du droit"⁵⁰, mettendo in atto ai fini della determinazione della legge applicabile un vero e proprio "procédé" basato sull'esame dei diversi elementi della situazione, che poggia su di un approccio caso per caso e che lascia notevole margine di apprezzamento al giudice⁵¹. Si tratta di analizzare i legami che il contratto presenta con l'uno o l'altro paese, e di determinare poi, "sur la base d'une appréciation de l'importance de ces liens", il diritto con il quale il contratto è più strettamente connesso⁵².

Proprio in ragione dell'incertezza che il ricorso a tale criterio determina, e al fine di ridurla, l'art. 117, par. 2, istituisce una presunzione in forza della quale il collegamento più stretto è reputato sussistere con lo Stato in cui la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica ha la propria residenza abituale o, se il contratto è concluso nell'esercizio di una attività professionale o commerciale, il suo stabilimento⁵³. Anche la Convenzione di Roma, ora non più in vigore, affermava al paragrafo secondo dell'art. 4 che il collegamento più stretto si presume sussistere "col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale". Aggiungeva tuttavia che "se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è

⁵⁰ *Ivi*, p. 1000, par. 3.

⁵¹ *Ivi*, p. 1000, par. 3.

⁵² *Ivi*, p. 1000, par. 3.

⁵³ Il testo ufficiale della LDIP nella sua versione italiana parla di «stabile organizzazione».

quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede".

Il paragrafo 3 dell'art. 117 della LDIP, poi, individua la prestazione caratteristica per alcuni tipi di contratti.

Ora, se la qualificazione portasse a ritenere di dover sussumere il patto parasociale nella norma di diritto internazionale privato dedicata ai contratti, vale a dire l'art. 117, dovremmo procedere alla ricerca del paese che presenta con il patto il collegamento più stretto.

La presunzione di cui al paragrafo 2 dell'art. 117 non sarebbe in grado di aiutarci: il patto parasociale, infatti, è un accordo rispetto al quale l'elemento dello scambio è assente. È un contratto con il quale tutte le parti perseguono le medesime finalità, senza che sia possibile ravvisare una prestazione caratteristica in esso.

Nel quadro della dottrina svizzera, partendo dalla considerazione per la quale l'unico dovere che i soci hanno di fronte alla società consiste nel pagamento del prezzo di emissione delle quote da loro sottoscritte, si è detto che la funzione dei patti sarebbe quella di permettere alle parti di ampliare il novero dei doveri loro spettanti, nei loro rapporti, e nei rapporti con la società⁵⁴.

Si è sostenuto, in particolare, che i soci possono avvalersi del patto al fine di organizzare il loro rapporto reciproco e con la società, e di coordinare la loro capacità d'influire sul processo decisionale della società⁵⁵.

Un altro autore ha sottolineato che la principale funzione del patto parasociale è quella di dare *stabilità* e sicurezza al rapporto sociale⁵⁶.

Pertanto, non trovando ausilio alcuno nella detta presunzione, è necessario rifarsi ad altri elementi in grado di valorizzare il legame tra un dato paese e il contratto. Può trattarsi tanto di fattori geografici (il domicilio, la sede sociale, la residenza o lo stabilimento delle parti, il luogo di esecuzione delle loro prestazioni, il luogo di situazione dei beni che formano l'oggetto

⁵⁴ H.C. VON DER CRONE, *op. cit.*, p. 687-688.

⁵⁵ *Ibidem*, ove l'autore afferma che «[m]it dem Aktionärbindungsvertrag können Aktionäre so ihr gegenseitiges Verhältnis zur Gesellschaft gestalten und ihren Einfluss auf die Willensbildung einer Aktiengesellschaft koordinieren».

⁵⁶ J.N. DRUEY, *Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat*, in J. N. DRUEY, P. FORSTMOSER (a cura di), *Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge*, Zürich 1998, p. 9 ss., ove si afferma che il patto parasociale costituisce uno «Instrument der Stabilisierung».

del contratto, il luogo di negoziazione e di conclusione dello stesso, etc.), quanto di fattori giuridici o economici. Si tratta infatti di inserire il contratto nell'economia di un paese determinato. Pertanto, in caso di contratti collegati, come accade là dove questi siano parte di una più vasta operazione contrattuale unitaria, anche tale circostanza dovrà essere tenuta in debita considerazione⁵⁷. Allo stesso modo si dovrà tener conto anche dei pregressi rapporti contrattuali fra le parti.

Tuttavia, va ricordato che il patto, lungi dall'avere un'incidenza meramente "individuale", esercita la propria influenza *sulla società*. In altri termini, non si tratta di un accordo in base al quale le parti si sono semplicemente limitate a concordare un dividendo minimo, o una certa distribuzione degli utili in maniera diversa da quanto affermato nel contratto sociale.

Con questo patto, le parti hanno inciso sulla vita della società.

Se si fosse trattato di un patto non invasivo della sfera sociale, la *lex contractus* avrebbe potuto rappresentare la soluzione per il caso di specie.

Tuttavia, come si argomenterà a breve, la *lex societatis* esercita nel nostro caso una vis attrattiva decisiva.

L'incidenza del patto sulla vita della società è tale da far ritenere che, vertendo esso su profili quali *l'organizzazione, i rapporti interni, in particolare i rapporti tra la società e i suoi membri, e la responsabilità per i debiti della società*, la *lex societatis* arrivi ad esercitare, sul contratto in oggetto, la propria forza attrattiva.

L'art. 155 LDIP, infatti, afferma che "la legge applicabile alla società determina in particolare:

- a. la natura giuridica;
- b. la costituzione o lo scioglimento;
- c. la capacità giuridica e la capacità d'agire;
- d. il nome o la ditta;
- e. *l'organizzazione*;
- f. *i rapporti interni, segnatamente quelli tra la società ed i membri*;
- g. la responsabilità in caso di violazione delle norme del diritto societario;
- h. *la responsabilità per i debiti societari*;
- i. la rappresentanza delle persone che agiscono per la società in virtù della sua organizzazione".

⁵⁷ A. BONOMI, *Art. 117 cit.*, p. 1001, par. 5.

Nel profilo dell'organizzazione rientrano le questioni attinenti, fra le altre cose, al "numero e al tipo di organi necessari o utili alla vita della società", le modalità di nomina o di revoca degli organi sociali, i compiti attribuiti a ciascuno di essi, l'estensione dei loro poteri, i diritti e i doveri dei soci, e tutte le questioni riguardanti il capitale sociale⁵⁸.

Nel profilo dei rapporti interni rientrano le questioni riguardanti le partecipazioni sociali, inclusi i diritti e i doveri legati alle dette partecipazioni. Vengono poi ricomprese in tale ambito anche le obbligazioni sociali, quali l'obbligazione di fedeltà, di diligenza, di amministrazione e gestione, il divieto di concorrenza, e le obbligazioni patrimoniali, quali i doveri di finanziamento, le obbligazioni di effettuare versamenti ulteriori, di partecipare alle perdite della società, ecc. Vi rientrano ancora i diritti sociali, (come il diritto di voto, i diritti di prelazione, il diritto all'informazione) e i diritti patrimoniali (come ad esempio il diritto ad ottenere una parte del ricavato della liquidazione). Fanno poi sempre parte di questo profilo i rapporti tra i soci, incluso l'ingresso di nuovi soci nella società (che rimanda a questioni quali le condizioni d'ingresso, la sottoscrizione delle azioni o delle partecipazioni sociali, l'iscrizione nel registro, ecc.)⁵⁹.

La *lex societatis* è poi chiamata a regolare anche la questione dei debiti societari, vale a dire se ed in che misura la società e i suoi membri siano chiamati a rispondere.

Si può pertanto concludere che proprio la *lex societatis* debba essere chiamata a regolare un patto parasociale del tipo qui descritto⁶⁰.

La *lex contractus* avrà ragione di tornare ad imporsi ogniqualvolta a venire in causa sia un aspetto contrattuale del patto⁶¹. In altre parole, "alla *lex contractus* appartiene comunque il giudizio sul contratto come fattispecie-base (distinta rispetto agli effetti che produce) ossia sulla formazione del consenso, sulla determinatezza dell'oggetto, sul regime dell'invalidità o dell'inefficacia ecc."⁶².

⁵⁸ F. GUILLAUME, Art. 155, in A. BUCHER (a cura di), *Commentaire Romand: Loi sur le droit international privé et Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, 2011, i cui aggiornamenti successivi sono stati messi a disposizione dallo stesso curatore dell'opera al seguente indirizzo <http://www.andreasbucher-law.ch/NewFlash/Commentaire-romand.html>, p. 1314, par. 20-22.

⁵⁹ *Ivi*, p. 1314-1315, par. 23-25.

⁶⁰ Sull'applicabilità della *lex societatis* ai patti parasociali secondo il diritto internazionale privato italiano, T. BALLARINO, *Le società cit.*

⁶¹ F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 1315, par. 26.

⁶² T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 305.

Al contrario, la *lex societatis* si applica per ciò che attiene agli effetti e all'opponibilità di un tale accordo nei confronti della società⁶³.

Prima di passare, quindi, all'analisi del criterio di collegamento che la LDIP prevede ai fini dell'individuazione della *lex societatis*, si sottolinea in chiusura dell'argomentazione qui proposta che la *lex contractus* può avere titolo ad applicarsi in due ipotesi: la prima, quando il patto sia puramente "privato", ossia quando possa reputarsi indifferente dal punto di vista della società, non incidendo su di essa; la seconda, quando si tratti di valutare dei profili puramente negoziali dell'accordo⁶⁴.

Al di fuori di questi casi, è la *lex societatis* ad applicarsi.

5. La *lex societatis* nel diritto internazionale privato svizzero: l'art. 154 LDIP

L'art. 154 LDIP recita, al primo paragrafo, che "le società sono regolate dal diritto dello Stato giusta il quale sono organizzate, se ne adempiono le prescrizioni in materia di pubblicità o registrazione o, in mancanza di tali prescrizioni, si sono organizzate giusta il diritto di questo Stato".

Al secondo paragrafo si precisa che "[l]a società che non adempie tali condizioni sottostà al diritto dello Stato in cui è amministrata effettivamente".

In Svizzera, già prima dell'entrata in vigore della LDIP, il Tribunale Federale determinava il diritto applicabile ad una società riferendosi alla sede statutaria dell'ente. In caso di silenzio da parte dello statuto, il TF si riferiva al luogo di amministrazione della società.

Il legislatore si è poi allineato a tale impostazione pretoria, istituendo all'art. 154 un concorso successivo di criteri di collegamento che valorizza, in primo luogo, la legge del paese di organizzazione della società, che normalmente corrisponde alla sede indicata nello statuto, e *sussidiariamente* la legge dello Stato di amministrazione centrale della società.

Va sottolineato che il secondo criterio di collegamento non si configura come un correttivo del primo, bensì come criterio sussidiario, da applicarsi soltanto là dove la regola di conflitto principale di cui all'art. 154, co. 1, non possa applicarsi⁶⁵.

⁶³ F. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 1315, par. 26, ove l'autrice afferma che «[l]es conventions d'actionnaires sont régies par la loi désignée par les art. 116 e 117, laquelle s'applique pour tous les aspects contractuels entre les actionnaires. En revanche, la *lex societatis* est applicable pour ce qui est des effets et de l'opposabilité d'une telle convention à l'égard de la société».

⁶⁴ T. BALLARINO, *Le società cit.*, p. 305.

⁶⁵ F. GUILLAUME, *Art. 154*, in A. BUCHER (a cura di), *Commentaire Romand cit.*, i cui ag-

Il criterio di collegamento individuato in via principale nello schema a cascata di cui alla norma in esame “consacra il sistema della sede statutaria o dell’incorporazione”⁶⁶ a rango di principio di base assunto in materia societaria dal diritto internazionale privato svizzero.

6. Sull’inapplicabilità dell’art. 159 LDIP

Altra norma di conflitto da prendere in considerazione è l’articolo 159 LDIP, che prevede l’applicazione del diritto svizzero alla responsabilità delle persone che agiscono per la società nel caso in cui “gli affari di una società costituita giusta il diritto straniero s[ia]no gestiti in Svizzera o a partire dalla Svizzera”.

Questa disposizione deroga al disposto di cui all’art. 155 lett. g ed f LDIP.

Se normalmente è la *lex societatis* ad applicarsi alle questioni vertenti sull’organizzazione e sui rapporti interni, l’art. 159 prevede al contrario l’applicazione della *lex fori*, vale a dire il diritto svizzero, là dove le condizioni richieste dalla norma in parola siano soddisfatte.

Questa disposizione contiene un correttivo volto a scongiurare il rischio che l’unico legame esistente con lo Stato di costituzione sia di natura meramente formale, ossia il caso della società pseudo-straniera⁶⁷. Una tale situazione, infatti, porta con sé il rischio che le persone che entrano in contatto con la società siano indotte a ritenere in buona fede che essa sia retta dal diritto svizzero. Ciò potrebbe produrre conseguenze pratiche di non poco momento, soprattutto in relazione alla responsabilità per i debiti della società. Infatti, non si può escludere che la società sia stata costituita secondo un diritto straniero che limiti notevolmente tale sua responsabilità, al solo scopo di evitare di incorrere in una tale responsabilità, ossia in frode alla legge.

Tuttavia, non possono dirsi sussistenti tutti i requisiti che la norma in parola richiede ai fini della sua applicazione, requisiti che vanno peraltro interpretati in maniera restrittiva, trattandosi di norma eccezionale⁶⁸.

giornamenti successivi sono stati messi a disposizione dallo stesso curatore dell’opera al seguente indirizzo <http://www.andreasbucher-law.ch/NewFlash/Commentaire-romand.html>, p. 1300-1303, par. 12-20.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ F. GUILLAUME, *Art. 159*, in A. BUCHER (a cura di), *Commentaire Romand* cit., p. 1329, par. 1.

⁶⁸ *Ivi*, p. 1332, par. 9.

Ai fini della sua applicabilità, infatti, è necessario che si tratti di una società costituita all'estero, ma amministrata in Svizzera. Non è però possibile dedurre dal solo fatto che una società sia commercialmente attiva in Svizzera, che il suo statuto sia soggetto alla legge svizzera⁶⁹. È necessario ch'essa sia amministrata in Svizzera e che inoltre dia l'apparenza di essere retta dal diritto svizzero. Come è stato sottolineato, l'art. 159 "n'a guère de sens ni de raison d'être lorsque la dissociation des lieux d'incorporation et d'administration d'une société ne trompe et ne cherche à tromper personne"⁷⁰. È cioè necessario che a causa di tale apparenza, qualcuno sia stato indotto in errore, cioè a ritenere che la società sia una società svizzera. La persona indotta in errore deve poi essere un terzo di buona fede.

7. Conclusioni

Il patto parasociale, da un punto di vista sostanziale, costituisce una figura variegata e poliedrica. Data la sua natura composita il processo di qualificazione ai fini dell'individuazione di una norma di diritto internazionale privato risulta particolarmente complesso. Vista l'interferenza che il patto parasociale è in grado di generare sul contratto sociale, e quindi, sulla vita della società, è la *lex societatis* a trovare applicazione.

Il patto parasociale può rientrare nell'alveo della *lex contractus* solo in due casi: quando si tratti di un patto meramente individuale, cioè incapace di incidere sulla società; e quando la questione in gioco comporti un giudizio sul contratto come fattispecie-base.

Al di là di questi casi, data la stretta connessione, o ancor meglio, l'interferenza che il patto parasociale è in grado di generare sul contratto sociale, e quindi, sulla vita della società, è la *lex societatis* a trovare applicazione.

La teoria proposta dalla dottrina svizzera di considerare il patto parasociale come una "nuova" società (semplice) appare artificiosa laddove comporta l'applicazione di una *lex societatis* con riferimento a una nuova società (il patto), che potrebbe anche divergere dalla *lex societatis* della società, per così dire, principale.

Tale teoria va inquadrata alla luce della filosofia complessiva del sistema di diritto internazionale privato svizzero. Questo è stato concepito per essere in grado di abbracciare qualsiasi forma lato sensu societaria che potesse

⁶⁹ *Ivi*, p.1331, par. 6.

⁷⁰ *Ivi*, p. 1332, par. 9.

essere conosciuta de ordinamenti stranieri, inclusi ordinamenti lontanissimi dalla tradizione giuridica romano-germanica e di common law. Proprio per quest'esigenza, qualsiasi gruppo che presenti una qualche forma di organizzazione – che abbia o meno la capacità giuridica nel proprio ordinamento – può essere qualificato alla stregua di una società ai fini della LDIP.

L'inquadramento del patto parasociale come una forma societaria indipendente dalla società sulla vita giuridica della quale il patto mira ad incidere, sarebbe dunque senz'altro compatibile con il diritto internazionale svizzero, quanto meno teoricamente.

Da una parte, tuttavia, si tratterebbe di usare una norma concepita per risolvere un altro tipo di problema e non quello dei patti parasociali, come appena rilevato. Dall'altra si ritiene che la vis attractiva della società sulla cui vita giuridica incide il patto ha, quasi sempre, un'intensità decisiva.

Non v'è, in definitiva, nessuna ragione per spingersi fino a qualificare la fattispecie in esame come "società". Il patto tra l'azionista della società svizzera e quello della società italiana, dal momento che mira ad incidere sulla vita giuridica della società italiana è, come Oppo insegna, un accordo che si colloca a mezza via non tra un contratto e una società, bensì tra la materia contrattuale e la materia societaria.

Se ne può concludere, alla luce di un esame complessivo del diritto internazionale privato svizzero, che il diritto applicabile a un patto quale quello descritto in introduzione, è il diritto italiano, trattandosi di un patto che incide direttamente sulla vita giuridica di una società con sede in Italia.

EDOARDO ALBERTO ROSSI

*GLI STRUMENTI INTERNAZIONALI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI
UMANI NEGLI APPALTI PUBBLICI. BREVI NOTE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli strumenti (*soft*) delle Nazioni Unite. – 3. La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 94 del 1949. – 4. Gli strumenti dell'Unione europea. – 5. Osservazioni conclusive: quali prospettive per la tutela dei diritti umani negli appalti pubblici?

1. Introduzione.

Il rapporto tra tutela dei diritti umani e appalti pubblici è da tempo al centro dell'attenzione della Comunità internazionale¹. Il grande numero di

¹ Per vero le più importanti iniziative messe in campo in questo settore sul piano internazionale hanno prevalentemente riguardato aspetti relativi alla liberalizzazione e all'efficienza dei mercati, nonché alla trasparenza delle procedure di appalto. In questo contesto, un esempio di notevole rilevanza è rappresentato dal *Government Procurement Agreement* (GPA) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, concluso in una prima versione il 15 aprile 1994 a Marrakesh e successivamente rivisto nel 2012 allo scopo di incentivare l'utilizzo di strumenti elettronici nelle procedure di appalto, di evitare fenomeni di corruzione e conflitti di interesse e di garantire regimi differenziati per i Paesi in via di sviluppo (in tema v. R.D. ANDERSON, A.C. MÜLLER, *The Revised WTO Agreement on Government Procurement* (GPA): *Key Design Features and Significance for Global Trade and Development*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2017, p. 958 ss.). Questo strumento, che possiede – ovviamente – natura vincolante per gli Stati che lo hanno ratificato, è diretto prevalentemente ad assicurare la liberalizzazione, la trasparenza e l'efficienza del mercato degli appalti pubblici, in conformità alle finalità dell'OMC. I principi di liberalizzazione del mercato e di non discriminazione delle imprese sulla base della nazionalità sono consacrati all'art. IV.1 della versione del 2012 del GPA, mentre l'art. IV.4 impone agli enti appaltanti di condurre procedure di appalto “in modo trasparente e imparziale” e l'art. VIII include tra le condizioni di partecipazione soltanto il rispetto di requisiti di natura economica, finanziaria, commerciale e tecnica. L'introduzione di “specifiche tecniche” volte a promuovere la conservazione delle risorse naturali o la protezione dell'ambiente è ricondotta alla mera facoltà discrezionale degli Stati (art. X.6); la possibilità di utilizzare criteri che valorizzino il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese che partecipano alla selezione non è affatto contemplata (sul pun-

strumenti internazionali che sono stati adottati negli ultimi anni conferma l'emersione della volontà di tentare di regolare questo complicato rapporto, anche se non è possibile evitare di rilevare sin d'ora una notevole eterogeneità negli specifici aspetti disciplinati e nella natura di tali strumenti. Ne deriva, come vedremo, la carenza di un quadro normativo chiaro, organico ed adeguato alle esigenze di tutela dei diritti umani che si profilano in questo settore, che acuisce i rischi di gravi violazioni commesse da imprese e autorità statali.

2. Gli strumenti (*soft*) delle Nazioni Unite.

L'attenzione delle Nazioni Unite per il tema del rispetto dei diritti umani negli appalti pubblici si è concretizzata essenzialmente attraverso l'adozione di strumenti di natura non vincolante. Infatti, la protezione dei diritti umani nelle procedure di appalto è stata spesso ricompresa, in maniera implicita, nella rilevanza riconosciuta alle valutazioni e alle politiche socio-economiche che dovrebbero essere tenute in considerazione dagli enti appaltanti e dalle imprese che partecipano alle selezioni.

Questo è accaduto, ad esempio, nel *Model Law on Public Procurement* elaborato dall'UNCITRAL in una prima versione nel 1994², rinnovata nel 2011.

Il modello di legge-tipo è destinato ad orientare ed agevolare l'attività dei legislatori statali nel disciplinare la procedura di appalto pubblico, in modo da favorire la progressiva armonizzazione e unificazione del diritto del commercio internazionale, stabilendo procedure trasparenti, eque ed efficienti, volte ad assicurare il rispetto della concorrenza ed idonee a contribuire alla realizzazione di un quadro normativo armonizzato. L'intento è quindi quello di agevolare lo sviluppo di relazioni economiche internazionali armoniose, supportando gli Stati – in particolare i Paesi in via di sviluppo e i Paesi con economie in transizione – a migliorare le proprie legislazioni sugli appalti pubblici.

to v. D. RUSSO, *The Duty to Protect in Public Procurement: Toward a Mandatory Human Rights Clause?*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe: International Law Challenges*, London, 2018, p. 64 ss.).

² V. S. ARROWSMITH, C. NICHOLAS, *The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services: Past, Present and Future*, in S. ARROWSMITH (ed.), *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation in the 21st Century*, Eagan, 2009, p. 32 ss.

Alle politiche socio-economiche, definite all'art. 2 come “*environmental, social, economic and other policies (...) to be taken into account by the procuring entity in the procurement proceedings*”, è attribuito un ruolo marginale, in quanto si afferma, peraltro, che gli Stati *possono (may)* fornire una lista illustrativa di tali politiche.

Da questo strumento, che presenta comunque carattere di *soft law*³, emerge una moderata considerazione per gli aspetti sociali, venendo questi delineati soltanto in termini di inserimento ipotetico: essi non vengono ritenuti elementi imprescindibili delle legislazioni statali sugli appalti pubblici, ma sono presentati soltanto in termini eventuali⁴, riconoscendo così ai legislatori statali ed alle autorità appaltanti che redigono i bandi una facoltà meramente discrezionale.

Occorre altresì notare che anche i noti *Guiding Principles on Business and Human Rights*⁵ dedicano due principi (n. 5 e n. 6) agli appalti

³ Sul punto si consenta di rimandare a E.A. ROSSI, *Human Rights Clauses in Public Procurement: A New Tool to Promote Human Rights in (States') Business Activities?*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO (eds), *Legal Sources in Business & Human Rights. Evolving Dynamics in International and European Law*, Leiden, 2020, p. 275 ss.

⁴ In particolare, l'art. 25, alla lett. *i*, prevede, in termini ipotetici, che “*if any socio-economic policies were considered in the procurement proceedings*”, i documenti di gara devono specificare i dettagli di tali politiche e le modalità con le quali esse sono attuate concretamente.

⁵ Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite (UNHRC) ha adottato i “*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*” nella sua Risoluzione n. 17/4 del 16 giugno 2011, dopo che lo *Special Representative of the Secretary-General on human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, aveva allegato i *Guiding Principles* al suo Rapporto finale diretto al Consiglio dei diritti umani del 21 marzo 2011 (UN Doc A/HRC/17/31). L'intento perseguito con i *Guiding Principles* è quello di sottolineare l'esigenza di tutelare di diritti umani anche nelle attività di impresa, fornendo specifiche indicazioni a imprese e Stati. Questi ultimi, in particolare, vengono invitati a rispettare i propri obblighi internazionali nella protezione dei diritti umani anche quando essi “*privatize the delivery of service*” e anche mediante l'incoraggiamento al rispetto e alla promozione dei diritti umani da parte delle imprese private con le quali essi concludono transazioni commerciali. I *Guiding Principles* si pongono quale strumento di implementazione del documento “*Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*” elaborato dallo stesso *Special Representative*, Jonh Ruggie, il 7 aprile 2008 (UN Doc A/HRC/8/5). Quest'ultimo documento ha fatto seguito alle *Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights*, elaborate dalla UNESCO (UN Commission on Human Rights – Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) nel 2003 (UN Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12), mantenendone la struttura in tre pila-

pubblici⁶. In particolare, il principio n. 5 prevede che gli Stati esercitino un'adeguata attività di controllo al fine di rispettare i propri obblighi internazionali sui diritti umani⁷; mentre il principio n. 6 afferma che gli Stati dovrebbero promuovere il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese con le quali intrattengono rapporti commerciali⁸ – compresi quelli inerenti alle procedure di appalto – anche attraverso la predisposizione di meccanismi di vigilanza indipendenti atti a controllare il comportamento delle imprese, in modo che esse si conformino agli *standards* internazionali in materia di tutela dei diritti umani⁹.

Al riguardo è stato osservato espressamente che l'elaborazione di questi principi deriva dall'esigenza di prevenire che gli Stati vengano coinvolti in violazioni dei diritti umani, commesse nell'ambito di prestazioni che essi hanno appaltato, concernenti l'acquisto di beni o servizi da imprese impli-

stri – confermata anche nei *Guiding Principles* – comprensiva del dovere statale di proteggere i diritti umani (*the State Duty to Protect*), della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani (*the Corporate Responsibility to Respect*) e della garanzia di un migliore accesso a rimedi effettivi per le vittime delle violazioni (*Access to Effective Remedy*).

⁶ Gli appalti pubblici sono stati inclusi anche nell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 (*"Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development"*, UN Doc A/RES/70/1). L'Agenda indica 17 *Sustainable Development Goals* e 169 *Targets*, finalizzati a *"realize the human rights of all and to achieve gender equality and the empowerment of all women and girls"*, i quali sono *"integrated and indivisible and balance the three dimensions of sustainable development: the economic, social and environmental"*. Con l'Agenda si incoraggiano, dunque, gli Stati e le imprese a promuovere *"public procurement practices that are sustainable"* (*targets* 12.6 e 12.7), elevando così il *"sustainable public procurement"* a elemento indispensabile per la realizzazione del consumo sostenibile attraverso modelli di produzione che promuovano efficienza, riduzione dei costi sociali e ambientali, lavoro dignitoso e migliore qualità della vita.

⁷ UN *Guiding Principles on Business and Human Rights*, Principio n. 5: *"States should exercise adequate oversight in order to meet their international human rights obligations when they contract with, or legislate for, business enterprises to provide services that may impact upon the enjoyment of human rights"*.

⁸ UN *Guiding Principles on Business and Human Rights*, Principio n. 6: *"States should promote respect for human rights by business enterprises with which they conduct commercial transactions"*.

⁹ Per una trattazione di ampio respiro sulla protezione dei diritti umani nell'ambito delle attività delle imprese operanti a livello transnazionale ed in particolar modo sulla *"responsabilità"* di rispettare i diritti umani incombente su tali imprese e sugli obblighi di protezione e promozione dei diritti umani gravanti sugli Stati v. F. MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2016, p. 87 ss.

cate, a loro volta, in violazioni dei diritti umani, come, ad esempio, ostacoli all'esercizio della libertà sindacale, l'utilizzo di lavoro forzato o minorile o altre violazioni delle garanzie connesse all'esercizio del diritto al lavoro o del diritto ad un ambiente salubre¹⁰.

3. La Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 94 del 1949.

È noto che le fonti principali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sono le raccomandazioni, di natura non vincolante e non destinate ad essere ratificate, con le quali l'Organizzazione propone indirizzi o suggerisce l'adozione di specifiche misure di miglioramento delle condizioni di lavoro, e i progetti di convenzioni internazionali che, qualora ratificate, assumono valore vincolante per gli Stati.

La finalità principale dell'Organizzazione, come si evince già dal Preambolo della Costituzione dell'OIL del 1919, è identificabile nel raggiungimento di "una pace universale e durevole" fondata sull'attuazione della giustizia sociale e sulla garanzia di adeguate condizioni di lavoro.

Nel contesto di tale finalità l'OIL ha adottato nel 1949 la Convenzione n. 94, concernente le clausole di lavoro nei contratti pubblici¹¹. Questa convenzione, che costituisce uno dei pochi esempi di strumenti vincolanti nel settore del rispetto dei diritti umani nelle procedure di appalto pubblico, impone agli Stati parte di inserire nei contratti pubblici clausole che garantiscano la protezione dei diritti dei lavoratori e adeguate condizioni di lavoro.

La Convenzione si applica, con alcune eccezioni¹², ai contratti in cui una

¹⁰ *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, del 22 aprile 2009 (A/HRC/11/13, par. 16).

¹¹ Convenzione OIL sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica, C94, adottata a Ginevra il 29 giugno 1949 e entrata in vigore il 20 settembre 1952, attualmente ratificata da 63 Stati parte dell'OIL.

¹² L'art. 7 della Convenzione prevede infatti che quando il territorio di uno Stato comprende regioni particolarmente vaste, nelle quali, alla luce della scarsità dell'insediamento della popolazione o del basso livello di sviluppo, potrebbe essere complicata l'applicazione delle disposizioni della Convenzione, le autorità pubbliche possono, previa consultazione con le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, escludere tali regioni dall'applicazione della Convenzione, sia in generale, sia soltanto con specifiche eccezioni nei confronti di determinate imprese e di determinate categorie di lavoratori. Tali esclusioni devo-

almeno delle parti è un'autorità pubblica¹³, prevedendo che essi debbano contenere clausole che garantiscano ai lavoratori coinvolti salari, durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite nella stessa regione dai contratti collettivi e dalla legislazione nazionale relativamente ai lavori dello stesso genere nella professione o nell'industria di riferimento (art. 2)¹⁴.

Alle autorità pubbliche è riconosciuta discrezionalità nella scelta delle modalità di inserimento delle clausole nei contratti pubblici, potendo esse optare per la forma ritenuta maggiormente appropriata alle pratiche interne ed al contesto nazionale, ma a condizione che vengano previamente consultate le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori¹⁵.

La Convenzione prevede altresì, all'art. 5, che nel caso in cui le imprese non rispettino le disposizioni previste nelle clausole di lavoro incluse nei

no essere, in ogni caso, debitamente motivate, comunicate all'Organizzazione, e riconsiderate ogni tre anni consultando le organizzazioni dei datori e dei lavoratori. Inoltre, l'art. 8 riconosce alle autorità competenti la facoltà di sospendere temporaneamente l'applicazione della Convenzione, previa consultazione con le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, in casi di forza maggiore o di eventi che rappresentano un pericolo per il benessere e la sicurezza nazionale.

¹³ Precisa, in particolare, l'art. 1 della Convenzione che essa si applica ai contratti che rispecchiano le seguenti condizioni: a) almeno una delle parti nel contratto è un'autorità pubblica; b) l'esecuzione del contratto comporta i) l'impiego di fondi da parte di un'autorità pubblica, ii) l'impiego di lavoratori dall'altra parte del contratto; c) il contratto è stipulato in vista i) della costruzione, trasformazione, riparazione o demolizione di opere pubbliche, ii) della fabbricazione, montaggio, manutenzione o trasporto di materiali, forniture o utensili, iii) dell'esecuzione o fornitura di servizi; d) il contratto è stipulato da un'autorità centrale di uno Stato membro dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro per il quale sia in vigore la convenzione.

¹⁴ L'art. 2 della Convenzione specifica, inoltre, che qualora tali condizioni di lavoro non siano regolate nella regione in cui viene effettuato il lavoro, occorre fare riferimento alla "regione analoga più vicina" inserendo nei contratti pubblici clausole che garantiscano condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle previste in tale regione, facendo altresì riferimento al livello generale cui si attengono i datori di lavoro che appartengono alla stessa professione o alla stessa industria della parte con la quale il contratto viene stipulato e che si trovano in analoghe circostanze.

¹⁵ Se, da un lato, l'art. 2 lascia un margine discrezionale agli Stati nella scelta delle modalità e delle forme con le quali inserire le clausole sulle condizioni di lavoro nei contratti pubblici, dall'altro lato, l'art. 3 impone alle autorità pubbliche competenti di adottare comunque – anche quando non siano già applicabili disposizioni appropriate relative alla salute, alla sicurezza e al benessere dei lavoratori in virtù della legislazione nazionale, di una convenzione collettiva o di una sentenza arbitrale – misure adeguate per garantire ai lavoratori interessati condizioni di salute, di sicurezza e di benessere che siano "giuste e ragionevoli".

contratti pubblici, le autorità pubbliche devono imporre “sanzioni adeguate”, quali il rifiuto di concludere il contratto, l'applicazione di ritenute sui pagamenti dovuti al termine del contratto o qualsiasi altra misura appropriata, al fine di consentire ai lavoratori interessati di ottenere gli importi ad essi spettanti¹⁶.

Occorre tuttavia sottolineare come la Convenzione sia stata elaborata in epoca risalente e non sia stata oggetto di alcuna revisione o intervento di aggiornamento e integrazione al fine di attualizzarne i contenuti rispetto alle evoluzioni sociali e tecnologiche del mercato del lavoro nell'ambito degli appalti pubblici.

Inoltre, la Convenzione ha un campo di applicazione rigorosamente circoscritto alle garanzie in materia di lavoro e lavoratori e non fa alcun riferimento alle condizioni contrattuali e alle garanzie applicabili lungo tutta la catena di fornitura e di distribuzione, limitando il proprio campo di applicazione soltanto alla fase della conclusione del contratto e dell'esecuzione della prestazione appaltata. La tutela offerta dalla Convenzione rispecchia dunque le finalità dell'organizzazione ed è pertanto necessariamente limitata alle garanzie relative al rispetto di adeguate condizioni di lavoro.

Il riconoscimento della rilevanza delle convenzioni dell'OIL e del ruolo svolto dall'Organizzazione nella promozione del rispetto di adeguate condizioni di lavoro in materia di appalti pubblici è ricavabile anche dall'inclusione di alcune convenzioni OIL nell'allegato X della direttiva 2014/24/UE¹⁷. In tal modo, come vedremo nel paragrafo successivo, il legislatore europeo ha reso vincolanti tali Convenzioni (oltre ad altre convenzioni internazionali in materia sociale e ambientale) per tutti gli Stati membri dell'Unione a prescindere dalla ratifica da parte degli stessi. Occorre tuttavia rilevare sin d'ora come, ad oggi, la Convenzione OIL n. 94 del 1949 non figuri nell'elenco dell'allegato X e pertanto essa resta vincolante soltanto per i 63 Stati OIL che l'hanno ratificata.

¹⁶ Nell'attuare concretamente le disposizioni della Convenzione, le autorità pubbliche sono inoltre tenute, in virtù dell'art. 4, a garantire che i lavoratori siano informati correttamente, anche esigendo che siano collocati avvisi in modo visibile nei luoghi di lavoro relativamente alle condizioni di lavoro che devono essere assicurate. Le autorità devono altresì imporre l'obbligo di tenere registri che indichino la durata del lavoro e i salari pagati ai lavoratori, prevedendo un sistema di ispezione volto a vigilare sull'applicazione effettiva di tali disposizioni.

¹⁷ V. *oltre*, par. 4.

4. Gli strumenti dell'Unione europea.

Uno degli strumenti più rilevanti adottati dall'Unione europea nella disciplina degli appalti pubblici è la direttiva 2014/24/UE¹⁸, la quale, collocandosi in un contesto di valorizzazione della dimensione sociale degli appalti pubblici¹⁹, contiene delle disposizioni volte a promuovere la sosteni-

¹⁸ La direttiva 24/2014/UE sugli appalti pubblici, unitamente alla direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, compone l'attuale quadro normativo di riferimento per la disciplina degli appalti pubblici nell'Unione europea. La direttiva 2014/24/UE ha abrogato la direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, la quale a sua volta aveva abrogato le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE (che aveva precedentemente abrogato la direttiva 77/62/CEE) e 93/37/CEE (che aveva precedentemente abrogato la direttiva 71/305/CEE).

¹⁹ L'Unione europea ha adottato svariati strumenti di *soft law* in materia di appalti pubblici al fine di incentivare l'utilizzo e l'attuazione concreta di considerazioni di natura sociale ed ambientale. Ad esempio, nella Strategia decennale Europa 2020 (*Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*), proposta dalla Commissione europea con la Comunicazione del 3 marzo 2010, COM (2010)2020 def., gli appalti pubblici sono stati ricompresi tra gli strumenti utili a contribuire alla crescita sostenibile con riferimento alla protezione dell'ambiente e della responsabilità sociale. Nel 2011 la Commissione europea ha pubblicato la Guida "*Buying Social: A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*", con l'intento di fornire un supporto alle autorità pubbliche relativamente alle modalità con le quali incorporare considerazioni di natura sociale nelle varie fasi delle procedure di appalto (l'indicazione di specifiche tecniche, la definizione dei criteri di selezione, l'aggiudicazione del contratto, le modalità di esecuzione dello stesso e i meccanismi di vigilanza sulla corretta esecuzione delle prestazioni), promuovendo "appalti pubblici socialmente responsabili", quali strumenti per migliorare le opportunità di occupazione (*employment opportunities*), il *decent work* ed il rispetto dei diritti umani. Analogamente, nel 2016 è stata pubblicata la terza edizione della Guida "*Buying Green! A Handbook on green public procurement*", volta a sostenere le autorità pubbliche nell'acquisto di beni e servizi a basso impatto ambientale. Di recente, la Commissione europea ha adottato la Comunicazione "*Making Public Procurement work in and for Europe*" del 3 ottobre 2017, COM(2017) 572 final, nella quale la Commissione ha identificato sei priorità strategiche "*to transform public procurement into a powerful instrument in each Member State's economic policy toolbox*" (*ivi*, p. 7), includendovi anche la garanzia di una più ampia diffusione degli appalti pubblici "strategici", migliorando l'accesso al mercato degli appalti e aumentando la trasparenza e l'efficienza delle procedure. Per inquadramenti generali sugli strumenti di *soft law* nel diritto dell'Unione europea v. L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004; ID., *Soft post-legislative rulemaking in the EU: A Time for More Stringent Control*, in *European Law Journal*, 2013, p. 57 ss.; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.

bilità ambientale, l'attuazione di adeguate condizioni di lavoro e il rispetto dei diritti umani, in accordo a quanto indicato nei *considerando* della direttiva, nei quali viene affermato che “in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro”²⁰, integrando altresì le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente “nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”²¹.

Secondo l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE, gli Stati membri hanno la facoltà di includere nelle “specifiche tecniche” dell'appalto, che secondo il par. 3, lett. *a*, dell'articolo possono essere formulate anche in termini di “prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali”, le caratteristiche richieste per un lavoro, servizio, fornitura o metodo di produzione. Esse devono comunque essere indicate nei documenti di gara, devono essere collegate all'oggetto del contratto e devono essere proporzionate al suo valore e ai suoi obiettivi, garantendo parità di accesso a tutti gli operatori economici.

L'art. 67 della direttiva, concernente i criteri di aggiudicazione, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici devono senz'altro tenere conto del prezzo o del costo, seguendo, tuttavia, “un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita”, con facoltà discrezionale di considerare “il miglior rapporto qualità/prezzo”. Tale rapporto, chiarisce il par. 2 dell'art. 67, va valutato “sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione”²².

²⁰ Direttiva 24/2014/UE, *considerando* 37.

²¹ Direttiva 24/2014/UE, *considerando* 91.

²² All'art. 67 della direttiva si esemplifica suggerendo che “tra tali criteri possono rientrare ad esempio: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni; b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; o c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di conse-

Viene così conferita alle autorità appaltanti la possibilità di dare rilevanza a considerazioni di natura sociale ed ambientale, compresa, in particolar modo, la protezione dei diritti umani da parte delle imprese che partecipano alla selezione.

Occorre tuttavia evidenziare che, come espressamente affermato nel *considerando* 92, non sono imposti obblighi agli Stati, ma è semplicemente loro riconosciuta una facoltà discrezionale di utilizzare criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali nel contesto della valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo.

Un'analoga facoltà discrezionale è riconosciuta agli Stati e alle autorità pubbliche dall'art. 70: è possibile introdurre particolari condizioni di esecuzione dell'appalto, al fine di migliorare l'integrazione di considerazioni di natura ambientale, sociale e occupazionale, purché siano indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara e siano collegate all'oggetto del contratto, escludendo conseguentemente la possibilità di dare rilevanza alle *policies* aziendali generali.

Le condizioni di esecuzione del contratto sono interessate anche dall'art. 18, par. 2, il quale impone agli Stati membri – senza concedere margini di scelta discrezionale – di assicurare che le imprese appaltatrici rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X alla Direttiva, che ricomprende alcune importanti convenzioni OIL²³ e alcune convenzioni internazionali in materia ambientale²⁴.

gna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione". Le amministrazioni aggiudicatrici, qualora intendano utilizzare tali criteri per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, devono tuttavia precisare nei documenti di gara, a norma del par. 5 dell'art. 67, la ponderazione relativa che intendono attribuire a ciascuno dei criteri scelti.

²³ Convenzione OIL 87 sulla libertà d'associazione e la tutela del diritto di organizzazione; Convenzione OIL 98 sul diritto di organizzazione e di negoziato collettivo; Convenzione OIL 29 sul lavoro forzato; Convenzione OIL 105 sull'abolizione del lavoro forzato; Convenzione OIL 138 sull'età minima; Convenzione OIL 111 sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione; Convenzione OIL 100 sulla parità di retribuzione; Convenzione OIL 182 sulle peggiori forme di lavoro infantile.

²⁴ Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono e protocollo di Montreal relativo a sostanze che riducono lo strato di ozono; Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento (Convenzione di Basilea); Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti; Convenzione di

Sembra opportuno segnalare inoltre come la direttiva preveda, all'art. 57, par. 4, lett. *a*, che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto gli operatori economici che abbiano violato gli obblighi derivanti dall'art. 18, par. 2.

Per mezzo di questa tecnica legislativa tutte le convenzioni indicate nell'allegato X sono rese vincolanti anche per gli Stati membri dell'Unione che non le hanno ratificate: gli Stati membri sono infatti vincolati dai Trattati al recepimento della direttiva e, conseguentemente, al rispetto delle convenzioni che il secondo paragrafo dell'art. 18 ha reso vincolanti per tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

5. Osservazioni conclusive: quali prospettive per la tutela dei diritti umani negli appalti pubblici?

Il 25 giugno 2014, attraverso la costituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo (*Intergovernmental Working Group - IGWG*), è stato avviato il processo di negoziazione di un *Binding Instrument on Business and Human Rights* dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite²⁵.

Analizzando i lavori dell'IGWG, stupisce non poco che, nonostante negli *Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights* del 2017²⁶ esso avesse proposto l'introduzione di disposizioni concernenti gli appalti pubblici all'interno del *Binding Instrument*²⁷, nei documenti

Rotterdam sulla procedura di previo assenso informato per taluni prodotti chimici e pesticidi pericolosi nel commercio internazionale e i relativi tre protocolli regionali.

²⁵ Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, Risoluzione 26/L22 del 25 giugno 2014, "*Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*". In argomento v. O. DE SCHUTTER, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Journal*, 2016, p. 41 ss.; S. DEVA, D. BILCHITZ (eds), *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge, 2017.

²⁶ *Elements for the Draft Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, elaborati dall'IGWG il 29 settembre 2017, Risoluzione A/HRC/RES/26/9.

²⁷ Trattasi in particolare del punto 3.1. degli *Elements*, cit., relativo agli obblighi imposti agli Stati, in virtù del quale "*States shall take all necessary and appropriate measures to ensure that public procurement contracts are awarded to bidders that are committed to respecting human rights, without records of human rights violations or abuses, and that fully comply with all requirements as established in this instrument*" e del punto 5, rubricato *Legal Liability*, secondo il quale "[u]nder public procurement regimes, administrative sanctions may include the

elaborati durante le successive fasi delle negoziazioni tali disposizioni sono state omesse.

Infatti, né nella *Zero Draft* del 2018²⁸, né nello *Zero Protocol*²⁹, né nella *Revised Draft* del 2019³⁰ sono state incluse disposizioni sugli appalti pubblici assimilabili a quelle inizialmente contemplate dagli *Elements* del 2017.

Tale circostanza sembra indicativa della scarsa considerazione attribuita alle violazioni che possono essere commesse nell'ambito di appalti pubblici. L'adozione di misure di protezione e promozione dei diritti umani sembra infatti essere ancora essenzialmente basata sulla discrezionalità degli Stati, come si evince anche dalla cornice normativa di riferimento dell'Unione europea – in particolare dalla direttiva 2014/24/UE, nella quale l'introduzione ad opera di Stati e autorità pubbliche di considerazioni sociali ed ambientali nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione e nelle condizioni di esecuzione dell'appalto possiede carattere prevalentemente facoltativo e lasciato conseguentemente alla discrezionalità degli Stati.

L'attività di protezione e promozione dei diritti umani nell'ambito delle procedure di appalto pubblico sembra avere, in definitiva, ancora molta strada da percorrere.

denial of awarding of public contracts to companies that have engaged in a conduct leading to a violation of a human right”.

²⁸ *Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises - Zero Draft*, del 16 luglio 2018, sul quale v. M. FASCIGLIONE, *Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 640 ss.

²⁹ *Draft Optional Protocol to the legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*.

³⁰ *Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises - Revised Draft*, del 16 luglio 2019.

TUTO ROSSI

*BANCHE SVIZZERE E CLIENTI ITALIANI
DOPO IL SEGRETO BANCARIO*

SOMMARIO: 1. La Svizzera da esportatore di mercenari a esportatore di capitali. – 2. Dal segreto bancario al segreto dei clienti delle banche. – 3. La Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB). – 4. La fine del segreto bancario e le conseguenze giuridiche sui clienti italiani.

1. La Svizzera da esportatore di mercenari a esportatore di capitali.

La Svizzera non è un Paese fertile. La sua terra non ha mai sfamato il suo popolo. La sua lunga storia è costellata di emigrazioni, il più delle volte come servizio mercenario al soldo dei sovrani di mezza Europa.

Il servizio mercenario visse il suo periodo di fioritura tra il XV e il XVIII secolo, favorito dalla lunga serie di vittorie militari dei Cantoni svizzeri che conferì alle truppe elvetiche prestigio internazionale.

L'arruolamento dei mercenari divenne un fenomeno così importante che i Cantoni ne assunsero il controllo innanzitutto per ottenere compensi da parte delle potenze richiedenti. Quest'attività permise tuttavia ai Cantoni di acquisire una capacità diplomatica che si tramutò ben presto in potere effettivo.

Al declino del mercenariato nella metà del XIX secolo, la Svizzera disponeva così di una rete ben organizzata d'intermediari sia nel campo della politica, che in quello dei mercati internazionali e nell'arbitrato delle controversie commerciali.

Non era raro che dalle città italiane i mercanti salissero in Svizzera alla ricerca di arbitri, vista la loro particolare capacità di trovare soluzioni di compromesso, capaci di rendere conto delle molteplici sfumature degli affari.

Alla prosperità della Svizzera contribuì la decisione, maturata dopo la cocente sconfitta nella battaglia di Marignano (1515), di tenersi fuori dai conflitti mondiali¹.

¹ R.J. KADERLI, *Die Geheimnisse der Börse: die Anlage-Strategie*, 2° ed., Thun 1978, p. 35.

In quel periodo, la maggior parte dei Cantoni si unì alla Riforma iniziata in Germania da Martin Lutero e importata nella Svizzera-tedesca da Ulrico Zwingli, curato di Zurigo dopo esserlo stato a Glarona e Einsiedeln, e nella Svizzera-francese da Guglielmo Farel e Giovanni Calvino, con il sostegno militare bernese. Costoro, in aperta rivolta contro le dissolutezze della chiesa di Roma, promossero una trasformazione dei costumi basata sull'incremento dell'istruzione, una severa disciplina e un grande zelo religioso. A ciò si aggiunse l'arrivo a Ginevra degli Ugonotti in fuga dalla Francia, che importarono istruzione e capitale.

Il protestantesimo, con la fervida credenza che solo una vita pia e fedele in ottemperanza agli insegnamenti biblici può condurre alla redenzione, e con lo sdoganamento definitivo del prestito a interessi, condusse al moderno capitalismo, di cui la Svizzera divenne rapidamente uno dei principali centri mondiali.

Da popolo di pastori e emigranti, la Svizzera si è trasformata in un centro mondiale di esportazione di capitali.

Zurigo è di gran lunga la piazza finanziaria più importante. Oltre alla sede dei due principali istituti (UBS e Credit Suisse), ospita più di 100 banche che raccolgono oltre 50.000 posti di lavoro. Zurigo è la sede delle più grosse agenzie di assicurazione, e la banca nazionale svizzera, malgrado la sua sede formale a Berna, opera da Zurigo.

Con 35.000 impieghi e 140 istituti bancari, Ginevra è la seconda piazza finanziaria della Svizzera. Specializzata nella gestione dei capitali, tratta il 27% dei patrimoni mondiali off-shore privati. Sede di molte organizzazioni internazionali, della Croce Rossa, del CERN ecc., Ginevra con il suo cosmopolitismo ospita la maggior parte delle banche straniere che si sono domiciliate in Svizzera.

A partire dagli anni '60, si è sviluppata a Lugano una terza piazza finanziaria con un'impennata di istituti che vi si sono stabiliti, di cui circa la metà in mano straniera. Pur ospitando anche le succursali delle principali banche svizzere, la piazza finanziaria di Lugano ha soprattutto servito da filiale per l'Italia della piazza finanziaria di Zurigo. Di fatto, la sua principale vocazione è stata la gestione dei capitali in fuga dalle voraci amministrazioni fiscali estere. Quest'attività eccessivamente monotematica ha condotto a una notevole contrazione delle attività bancarie dopo la sottoscrizione nel 2015 dell'accordo sullo scambio automatico di informazioni (SAI) ai fini fiscali tra la Svizzera e l'UE.

Dal 2006 al 2018, la piazza finanziaria di Lugano ha perso la metà degli istituti bancari (da 77 a 40) con una diminuzione di CHF 120.000.000 di

massa salariale (da 883 a 755 milioni) e di più della metà del gettito fiscale per il cantone Ticino (da CHF 86.600.000 e CHF 34.500.000)².

2. Dal segreto bancario al segreto dei clienti delle banche.

Il segreto bancario è uno dei pilastri dell'attività di ogni banca. La banca quale mandatario deve agire nell'interesse del cliente con diligenza e fedeltà. È tenuta all'obbligo di rendiconto così come all'obbligo di non rivelare a terzi le informazioni sensibili conosciute nel disimpegno del mandato. Al pari di medici e avvocati, la banca è quindi tenuta al segreto riguardo alla capacità finanziaria del suo cliente, che scopre in esecuzione del contratto, così come in merito agli investimenti di cui ha ricevuto l'accollo.

Accanto alla disciplina privatistica, molti ordini giuridici hanno conferito al segreto bancario protezione pubblicistica.

Canaris³ sostiene che il segreto bancario è ancorato nella costituzione sia come diritto fondamentale del cliente, che come diritto fondamentale della banca. La dottrina lo considera un diritto generale della personalità dell'amministrato e come tale lo riferisce ai primi articoli della costituzione della Germania. Altrove il segreto bancario viene considerato come protetto dalla garanzia costituzionale della protezione della sfera privata. Sfera privata e sfera intima sono poste sullo stesso piano. La protezione della sfera intima è infatti una delle caratteristiche principali dei diritti dell'uomo.

Il divieto di rendere noti a terzi i dati patrimoniali di una persona rientra nel divieto generale di pubblicare esternazioni e informazioni strettamente personali, quali per esempio diari, corrispondenza privata o appunti rientranti nella sfera protetta di ogni persona.

Una parte della dottrina tedesca pone quindi il segreto bancario sotto la tutela dei primi due articoli della costituzione.

In Svizzera, il segreto bancario conosce innanzitutto la medesima protezione garantita dal diritto privato, laddove il codice delle obbligazioni all'art. 398 cpv. 1, con rinvio all'art. 321a cpv. 1 obbliga la banca mandataria ad eseguire con diligenza di compiti assegnatigli e a salvaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del cliente.

L'ordine giuridico svizzero protegge la sfera patrimoniale segreta che

² R. CHOPARD, N. DONADIO, *La piazza finanziaria Ticinese 2018*, Vezia 2019.

³ C.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, 2° ed., Berlino-New York 1981, p. 22 ss.

considera come parte del diritto di ogni persona alla protezione della sua personalità e della sua sfera privata, sancito agli artt. 27 e 28 CC.

Queste norme sono a loro volta ancorate nell'articolo 13 della costituzione federale, il quale sotto la nota marginale «*protezione della sfera privata*» sancisce che ognuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, della sua abitazione, della sua corrispondenza epistolare nonché delle sue relazioni, e aggiunge che ognuno ha diritto d'essere protetto da un impiego abusivo dei suoi dati personali.

La dottrina svizzera di lingua tedesca distingue il segreto bancario (Bankgeheimnis) dal segreto dei clienti della banca (Bankkundengeheimnis).

Il segreto bancario *stricto sensu* concerne il diritto della banca alla discrezione riguardo a fatti e informazioni che la concernono direttamente in quanto istituto (non riguardo ai clienti), quali trattative di cooperazione con altri istituti simili, strategie di marketing, progetti di apertura di succursali o di vendita di prodotti eccetera. Questi interessi sono protetti dall'art. 162 CP che reprime la violazione di segreti di fabbrica o commerciali e dall'art. 273 CP che sanziona lo spionaggio economico qualora la divulgazione avviene per rendere l'informazione accessibile a un organismo ufficiale o privato estero⁴.

Il segreto dei clienti della banca (Bankkundengeheimnis) obbliga gli istituti di credito e le casse di risparmio e per esse i loro organi, gli impiegati, i mandatari, ma anche i liquidatori, i sindacati revisori, i commissari e i membri degli organi di sorveglianza a mantenere il silenzio su tutto ciò che concerne le relazioni con la clientela.

Non soggiacciono invece al segreto bancario le società finanziarie, i gestori patrimoniali, i notai che si limitano a gestire il patrimonio dei loro clienti senza condurre essi stessi un'attività bancaria.

Infine vi sono attività e informazioni che concernono ambedue i campi: le liste di clienti, per esempio, sono protette tanto dal segreto di bancario quanto dal segreto dei clienti della banca. La diffusione di simili liste può condurre anche alle sanzioni previste dalla legge sulla concorrenza sleale che all'art. 6 combinato con l'art. 23 prevede come pena massima la detenzione e una multa fino a CHF 100.000.

Per contrastare la pressione della Germania nazista, che puniva severa-

⁴ U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 6° ed., Zurigo 2004, n. 394.

mente l'esportazione dei capitali e che tentava con ogni mezzo di infiltrare gli istituti finanziari allo scopo di snidare gli evasori soprattutto ebrei, nel 1934 il legislatore svizzero ha rafforzato il segreto bancario codificandolo anche nell'art. 47 della Legge federale sulle banche e le casse di risparmio, che prevede pene detentive da tre a cinque anni contro colui che rivela un segreto che gli è confidato o di cui ha notizia nella sua qualità di membro di un organo, impiegato, mandatario o liquidatore di una banca.

La stabilità della moneta, la pace sociale regnante nel paese, così come l'alta professionalità acquisita dagli istituti bancari, unita al ferreo segreto bancario, ha esacerbato l'attrattiva della piazza finanziaria svizzera che è rapidamente diventata uno dei player mondiali nella gestione e nell'import-export dei capitali.

3. La Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB).

Con gli anni le piazze finanziarie concorrenti e gli Stati nazionali, incapaci di contrastare l'evasione fiscale sul loro territorio, hanno cominciato a fare pressione sulla Svizzera affinché limitasse l'attività dei suoi voraci istituti di credito che non disdegnavano di procedere alla raccolta di capitali sottratti al fisco direttamente presso la clientela estera.

Aniché legiferare, la Confederazione ha preferito delegare all'Associazione Svizzera dei Banchieri (oggi Swissbanking) il compito di promulgare norme di autodisciplina in ambito privato.

Nel 1977 l'Associazione Svizzera dei Banchieri si è quindi dotata della Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB) allo scopo di salvaguardare la buona reputazione della piazza finanziaria svizzera all'interno e all'estero.

Si trattava di vietare la raccolta di capitali non dichiarati fiscalmente direttamente presso gli Stati esteri, più tardi di bandire l'assistenza attiva sia alla fuga di capitali, sia all'evasione fiscale e a pratiche analoghe.

La Convenzione di diligenza si è subito mostrata una fragile difesa contro le pressioni straniere. Da una parte gli istituti bancari seppur con una drastica diminuzione delle attività d'arrembaggio estero, si sono organizzati con circuiti paralleli di società fiduciarie e di gestione di capitali che si occupavano autonomamente di organizzare l'importazione di capitali. D'altra parte gli stessi investitori stranieri, spesso con la complicità di amministrazioni fiscali locali perlomeno svogliate, non hanno trovato difficoltà a organizzare il trasferimento dei loro patrimoni in Svizzera.

Sarebbe tuttavia ingiusto affermare che il successo della piazza finan-

ziaria elvetica sia soltanto dovuto alla ferrea disciplina del segreto bancario. Diverse altre piazze finanziarie mondiali garantiscono (meglio garantivano) il medesimo grado di segretezza (Panama, Hong Kong, Malta, le isole del canale, Aruba, solo per citarne alcune) ma non hanno goduto dello stesso successo.

La piazza finanziaria svizzera deve la sua forza tuttora esistente al contesto generale di alta professionalità, di onestà fondamentale, e di facilità nel reperimento di manodopera altamente qualificata nel settore finanziario ed industriale.

Il segreto bancario svizzero ha così potuto resistere alla caduta del muro di Berlino, tant'è vero che ancora nel 2003 la Camera dei deputati e il Consiglio degli Stati (il supremo legislatore della Confederazione svizzera) avevano accettato a grande maggioranza una mozione tendente a incorporare esplicitamente nella costituzione svizzera il segreto bancario quale diritto fondamentale della persona.

Solido com'era, il segreto bancario svizzero poteva scoppiare solo grazie a un errore madornale. Nel 2009, in piena crisi Lehman Brothers, alcuni gestori di capitali americani confessarono davanti alla giustizia del loro paese di essere stati assoldati dall'UBS, cioè della più grande banca svizzera, per fare incetta di capitali presso persone facoltose allo scopo di sottrarli all'amministrazione fiscale.

Una simile gravissima violazione della Convenzione di diligenza, per di più commessa dai dirigenti della principale banca internazionale della Svizzera, rimane tuttora inspiegabile, se non con lo scadimento della qualità di una dirigenza bancaria suprema zurighese, abituata a scambiarsi i posti nei consigli di amministrazione delle società più prestigiose tra le medesime famiglie.

La scoperta di questa assistenza diretta alla frode fiscale da parte delle banche svizzere ha scatenato le autorità giudiziarie degli Stati Uniti che hanno immediatamente convocato il ministro elvetico delle finanze Hans-Rudolf Merz, obbligandolo senza mezzi termini a rimpatriare i dati di 5000 evasori fiscali statunitensi nascosti presso la sede di Zurigo dell'UBS.

Sotto la minaccia di perdere le licenze bancarie negli Stati Uniti e la possibilità di fare transazioni con dollari americani, alla Svizzera non rimaneva altra possibilità che piegarsi alla legge del più forte.

Malgrado resista ancora nelle leggi e sia ancora in vigore per i soggetti fiscali svizzeri, il segreto bancario ha perso ogni valenza verso i cittadini degli Stati esteri.

La Svizzera ha aderito alle convenzioni riguardanti lo scambio automa-

tico dei patrimoni fra le autorità fiscali, ed ha investito più di 1 miliardo di franchi per conformare i sistemi informatici alle nuove esigenze di trasparenza.

4. La fine del segreto bancario e le conseguenze giuridiche sui clienti italiani.

Il crollo del sistema bancario basato sulla protezione assoluta dei clienti stranieri davanti alle pretese delle autorità fiscali del loro domicilio, ha avuto grosse ripercussioni soltanto sulle piazze finanziarie periferiche, quali quella di Lugano, che per decenni hanno dormito sugli allori dei capitali facili, senza sviluppare autonome attività industriali o borsistiche che potessero reggere alla caduta del segreto bancario.

Le piazze finanziarie di Zurigo Ginevra e Basilea hanno rapidamente superato gli anni di sofferenza poiché la gestione dei capitali stranieri e il loro reinvestimento in attività puramente finanziarie speculative non ha mai costituito la base essenziale della loro attività. I capitali impiegati in quelle realtà bancarie sono stati utilizzati per la creazione di nuovi mestieri, di servizi e per finanziare attività industriali e tecnologiche di punta che garantiscono la sopravvivenza dell'intero sistema.

Il passaggio dal segreto bancario alla completa trasparenza dei capitali investiti all'estero ha comportato un cambio radicale nei rapporti tra cliente e banche svizzere.

Mentre in precedenza i documenti di apertura dei conti bancari si limitavano a un controllo rigido e rigoroso sull'origine dei capitali importati, che non dovevano per nulla provenire da attività criminali (contrariamente a un comune sentire giornalistico, le banche svizzere hanno sempre lottato strenuamente contro il riciclaggio del denaro sporco), oggi hanno moltiplicato le esigenze delle banche e gli obblighi dei clienti.

Tra banche e cliente si è instaurato un rapporto di forza sconosciuto in precedenza, allorché il compito del banchiere era principalmente quello di soddisfare il cliente, e di assecondarlo il più possibile nelle sue esigenze.

Oggi gli istituti bancari vegliano rigorosamente alla redditività delle loro azioni e rifiutano l'apertura di conti bancari puramente passivi, se non presentano nessuna prospettiva di redditività.

Il cliente italiano che porta i suoi capitali in Svizzera gode oggi come allora dell'alta professionalità dei servizi, della stabilità del paese, della for-

za della moneta e dell'onestà della controparte. Deve tuttavia essere molto attento ai costi e al trasferimento del rischio bancario sui suoi conti da parte dei gestori patrimoniali della banca. I singoli gestori patrimoniali sono sottoposti a un preciso benchmark che li obbliga a garantire risultati crescenti mese per mese. Software specializzati indicano il divario tra la loro attività gestionale per conto dei clienti e i risultati da raggiungere, e consigliano i titoli più redditizi (per la banca) da piazzare nei portafogli (dei clienti) in gestione.

Gli operatori di banca sono quindi in un permanente conflitto d'interessi che non è ancora stato pienamente analizzato dalla dottrina giuridica: da una parte come impiegati sottoposti al contratto di lavoro devono svolgere la loro attività nell'interesse della banca, d'altra parte come mandatari devono fare l'interesse dei clienti.

Questo conflitto d'interessi non era visibile fino al fallimento della Lehman Brothers e alla crisi dei mutui subprime che ha costretto la Confederazione svizzera a iniettare ben CHF 40 miliardi per salvare l'UBS. È in quel contesto di massima turbolenza che la Svizzera è stata costretta di abbandonare di colpo il segreto bancario.

Prima di allora la crescente redditività delle banche permetteva di mantenere il conflitto di interessi tra banchieri e clienti a livello di bassa sonorità. I conflitti dovuti a investimenti sballati erano solitamente composti tramite accordi interni.

La situazione oggi è completamente cambiata. Alle turbolenze mondiali ha fatto seguito una corsa verso il franco svizzero come bene rifugio, con la conseguenza di accentuarne il valore per rapporto alle altre monete. L'aumento del valore del franco conduce un rincaro massiccio del valore delle esportazioni industriali che rischiano di perdere consistenti quote di mercato.

La Banca Nazionale Svizzera ha dovuto reagire imponendo tassi d'interesse negativi sui capitali depositati. Anziché essere remunerate, le banche svizzere pagano miliardi alla Banca nazionale per i capitali in deposito. Dal 2015 alla fine del 2018 le banche svizzere hanno versato 6,3 miliardi di CHF di interessi negativi. Alcune grosse banche ripercuotono già questi tassi d'interesse negativi sui depositi della loro clientela, la quale, se non procede con investimenti particolari, alla fine dell'anno si trova depauperata di una parte del patrimonio per il solo effetto di averlo lasciato in deposito presso una banca svizzera.

Questo cambiamento epocale del mondo finanziario svizzero deve fare riflettere anche l'investitore italiano. Se da una parte presso le banche

svizzere trova la medesima professionalità di un tempo, d'altra parte deve armarsi di conoscenze ben superiori, e spesso deve affiancarsi i servizi di specialisti (avvocati e finanzieri indipendenti). Nonostante i prospetti e i vari disclaimer, le banche oggi ripercuotono in modo sistematico la «colpa» delle perdite sui loro clienti, che non possono più argomentare di aver seguito il consiglio del loro gestore patrimoniale presso la banca.

Della fine della scuola dei pandettisti, i giuristi sanno che il contratto è il punto di caduta di due forze contrastanti, e che il mutare dei rapporti di forza conduce alla creazione di nuove forme contrattuali. Il contratto di mandato appare oggi come una disciplina insufficiente per regolare i rapporti mutevoli tra gli istituti di credito e gli investitori privati. Forme di contratti misti, che tengono in conto in maniera concreta delle effettive capacità specialistiche in materia finanziaria degli investitori privati da una parte e degli obblighi di consulenza inerenti alla natura stessa della banca dall'altra, stanno per irrompere nei tribunali. Ai giudici toccherà ancora una volta fare opera di legislatore sulle fragili basi dell'ordine pubblico, poiché le codificazioni internazionali non sono ancora state in grado di prendersi carico delle nuove realtà finanziarie mondiali.

In quest'incertezza giuridica l'investitore, seppur dotato di notevoli patrimoni, rischia di uscire stritolato. E questo vale soprattutto per il risparmiatore italiano che trasferisce il suo patrimonio (oggi dichiarato al fisco) nelle banche svizzere. Accanto alla garanzia di solidità e sicurezza troverà la complicazione dei nuovi contratti bancari.

HELMUT SATZGER

*HARMONISATION OF SANCTIONS THROUGH EU LAW.
LEGAL BASIS, PROBLEMATIC CURRENT PRACTICE
AND A PROPOSAL FOR A BETTER MODEL IN THE FUTURE¹*

SUMMARY: 1. The Idea behind the New “Category Model”. – 2. The Background: Unsatisfactory Status Quo. – 3. The New Approach: Relative Comparability. – 4. An Outlook into the Future.

1. The Idea behind the New “Category Model”.

The use of minimum maximum penalties in order to harmonise criminal sanctions under Art. 83 TFEU has proven little effective so far. A project by the European Criminal Policy Initiative (ECPI), which was concluded recently, demonstrates that the basis for a reasonable harmonisation of sanctions must be preferably based on a system of relative comparability. Such a system would allow for an internal consistency of each national model, while simultaneously granting the European Union the possibility to classify the harmonised offences into a predetermined number of categories and by this means create a systematic and hierarchic rapport between the offences harmonised under EU law. This “category model” is ready for further development, and could theoretically even be a first step towards a system of supranational penalties.

Criminal sanctions are the harshest weapons in the arsenal of a state when reacting to misconduct. The existing national regimes of sanctions and the means of their imposition and execution still differ considerably from country to country as they are closely tied to national cultural, social and historical roots. Indeed, the coherence of the national sanctioning systems and the values and ideas on which they are based should not be

¹ This article was first published under the title “*The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*”, in *Eu crim* 2019/2, p. 115 et seq.

destroyed by EU harmonisation directives. The fundamental principles of the criminal law sanctioning systems form part of the “national identities” of the Member States, which shall – according to Art. 4 (2) of the Treaty on European Union (TEU) – be respected by the Union. Nevertheless, the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) confers on the EU a competence to harmonise the national sanctioning systems. Art. 83 (1) and (2) TFEU, in particular, empower the EU to establish “minimum rules concerning the definition of criminal offences *and sanctions*”.

A thorough study conducted by the members of the European Criminal Policy Initiative (ECPI) – a research group of 20 academics² from 12 Member States of the European Union – leads to the finding that previous attempts to harmonise criminal sanctions on the basis of Art. 83 TFEU, especially by using “minimum maximum penalties”, could not achieve their aim of an efficient approximation of the law on sanctions. They even resulted in implementational difficulties in many of the national legal orders³. The study furthermore revealed that, as minimum maximum penalties rely on numeric values which are identical for all states (e.g. a minimum maximum of *two years* of imprisonment), their use generally leads to an increase in punitivity, tends to destroy the coherence of national systems and affects the proportionality of national penal concepts.

The newly developed model should be thought of as an alternative. On the one hand, it guarantees the protection of proportionality and coherence of national sanctioning systems. On the other hand, the interest of the EU in harmonising national criminal sanctions can be satisfied to the utmost in order to enable an efficient judicial cooperation within the EU in accordance with the principle of mutual recognition. The point of departure is the gradation of criminal sanctions pursuant to their severity, as common in all

² Members of the ECPI are Petter Asp (Sweden), Nikolaos Bitzilekis (Greece), Sergiu Bogdan (Romania), Pedro Caeiro (Portugal), Luigi Foffani (Italy), Thomas Elholm (Denmark), Dan Frände (Finland), Helmut Fuchs (Austria), Dan Helenius (Finland), Maria Kaiafa-Gbandi (Greece), Jocelyne Leblois-Happe (France), Laura Neumann (Germany), Adán Nieto-Martín (Spain), Helmut Satzger (Germany), Sławomir Steinborn (Poland), Annika Suominen (Sweden), Elisavet Symeonidou-Kastanidou (Greece), Francesco Viganò (Italy), Ingeborg Zerbes (Austria) and Frank Zimmermann (Germany); the present project was developed with the significant collaboration of Benedikt Linder and Sarah Pohlmann (LMU Munich).

³ The research project is published in H. SATZGER (ed.), *Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union*, Baden-Baden 2020. It consists of a thorough comparative study of the sanctioning systems of EU Member States and the establishment of detailed guidelines for the future harmonisation of criminal sanctions in the EU.

EU Member States. The new model uses national grades of severity as a “bridge” between the interests of the EU and the interests of the Member States: The EU legislator shall be put in a position to develop a coherent sanctioning system on EU level, tiered only by the degree of severity – the category – with regard to the offences being harmonised, whereas the Member States specify the concrete penalties by assigning sanctions from their own national systems to the categories used by the EU. In this way, a genuine balance of interests can be achieved: the EU can determine the seriousness of harmonised offences by classifying them into categories, while the Member States only “fill” these categories with sanctions familiar to their national systems, thus ensuring the coherence of their own legal order.

2. The Background: Unsatisfactory Status Quo.

1. *Minimum triad*

The legal acts in force so far aiming at the harmonisation of criminal sanctions apply different methods. The traditional formula, introduced by the Court of Justice of the European Union (CJEU) itself in its “*Greek Maize Scandal*” jurisprudence⁴, requires the Member States to take “effective, proportionate and deterrent sanctions” and is often referred to as the “minimum triad”. Although these specifications are rather vague, in respect to some fields of crime it may indeed be sufficient that the EU restricts itself to require the Member States to provide for these only imprecisely outlined sanctions by their own.

In accordance with such understanding, the new model seeks to retain the “traditional” and minimally invasive approach. But as far as most offences, and above all the most severe of them, are concerned, the EU will understandably und rightly want to go further and deploy additional requirements, a tendency also observable in previous attempts at harmonisation of national laws as to sanctions⁵.

⁴ Cf. CJEU, judgment of 21.9.1989 – case 68/88 (Greek Maize Scandal).

⁵ Cf., e.g., the attempt to introduce minimum penalties (“minimum sanctions”) in Art. 8 of the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law, COM(2012) 363 final, which was largely resisted in the Council (see page 2 of Council document 9836/13 dated 28 May 2013 as well as Council document 10729/13 dated 10 June 2013) as well as the Parliament (see amendment 27 of the legislative resolution from 29 April 2014, P7_TA-PROV(2014)0427). Finally, the Commission’s attempt was therefore abandoned.

2. *Minimum maximum penalties and minimum maximum penalty ranges*

a) The most detailed provisions of the EU so far, which concern consequences of criminal misconduct, stipulate so-called “minimum maximum penalties” which obligate the Member States not to fall below a certain *maximum* penalty (e.g. “Member States shall take the necessary measures to ensure that an offence referred to in [...] is punishable by a maximum penalty of at least five years of imprisonment”). A less precise stipulation is the so-called “minimum maximum penalty range” which does not prescribe a specific value in relation to the lowest maximum penalty allowed, but instead grants Member States a scope within which the maximum penalty to be imposed may range (e.g. “[...] is punishable by a maximum penalty of at least one to three years of imprisonment”). As both instruments only provide minimum rules, they do not hinder Member States from choosing sanctions, which exceed the (minimum) maximum penalty, hence going further than the (minimum) maximum penalty range contained in the harmonisation directive. Thus, in the end, a “minimum maximum penalty range” essentially is nothing but a minimum maximum penalty, as it only obligates the Member States to impose not less than the bottom threshold of the given range as a maximum penalty.

b) According to the thorough comparative study of the ECPI, which provides the basis for the hereinafter-presented new model, the use of minimum maximum penalties as well as minimum maximum penalty ranges is far from being efficient in terms of bringing about effective harmonisation. Minimum harmonisation concerning only the *maximum* penalty has proven to be disappointing. One reason is that in most countries, the maximum penalty is much less relevant for the individual punishment than the minimum threshold. Furthermore, the legal comparison revealed a large discrepancy between Member States as far as the dimension of statutory maximum penalties is concerned. They are, for example, limited to twelve years by the Finnish constitution, whereas in France and Italy, maximum penalties of up to thirty years are possible.

c) By stipulating minimum maximum penalties, the EU intends to reflect the different degrees of severity inherent to the criminal behaviours the Member States wish to penalise. These efforts for a greater systemisation of the sanctioning requirements peaked in the Council document from 27th May 2002⁶, which stated that one of four minimum maximum penalty rang-

⁶ Council document 9141/02 dated 27 May 2002.

es needed to be chosen in every act of harmonisation to come, depending on the severity of the crime. Although this approach clearly demonstrates the EU legislator's large interest in classifying the severity of the offences both at EU level and in a coherent manner, a convincing systematic classification could not be achieved.

d) The analysis of relevant legislation enacted so far (agreements, framework decisions and directives) concerning requirements of criminal sanctions revealed eight different minimum maximum penalties – 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10 and 15 years – and three minimum maximum penalty ranges – 1-3, 2-5 and 5-10 years⁷. But the use of these penalties and penalty ranges varies greatly. Whereas the highest and lowest minimum maximum penalties were only used once each (1 year stipulated in the directive on “child abuse”⁸ and 15 years in the framework decision and directive “on combating terrorism”⁹), the minimum maximum penalty of 8 years¹⁰ and the range of 1-3 years have already been used five times, and the minimum maximum penalty of 5 years was used four times in total. Notably, the threshold ranges were not used in the last years¹¹; the most recent acts dominantly apply the minimum maximum penalties of 2, 3, 5 and 8 years. In case of legal acts being substituted after the entry into

⁷ Cf. F. ZIMMERMANN, *Strafrechtliche Sanktionen und das Recht der Europäischen Union: eine Bestandsaufnahme*, in H. SATZGER (ed.), *Harmonisation of Criminal Sanctions* cit.

⁸ Cf. Art. 3 (2) of Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, O.J. L 335, 17.12.2011, 1.

⁹ Cf. Art. 15 (3) of Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, O.J. L 88, 31.3.2017, 6, and before Art. 5 (3) of Council Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, O.J. L 164, 22.6.2002, 3.

¹⁰ The duplicate usage in the acts concerning counterfeiting and terrorism was only counted singly.

¹¹ The latest application of the 1-3 year range is to be found in Art. 3 (2) of Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, O.J. L 328, 6.12.2008, 55. The 2-5 years and the 5-10 years ranges were each used only in two Framework Decisions. They were last used in Art. 3 Nr. 1 of Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime (2-5 years) and Art. 4 Nr. 2 and 4 of Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 October 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking (5-10 years).

force of the Lisbon Treaty, a double tendency can clearly be observed: the requirements in the replacing acts become more specific and the minimum maximum penalties tend to be more severe.

e) The comparative study also showed that not only do the maximum sanctions differ greatly among the Member States (cf. above, b¹²), but also the minimum maximum penalties stipulated by the EU do not find a numerical equivalent in the national legal systems. Most Member States basically apply a system of gradation of maximum punishments, but the grades used do differ considerably. As a result, not all of the “maximum penalty” values referred to by European minimum maximum penalties are familiar to all European Member States, thus resulting in implementational problems.

If Member States want to stick to “their system”, they select levels (values) that are already known to their legal system. As harmonisation *de lege lata* always is a minimum harmonisation, Member States are forced to choose the next higher level; they cannot, however, go back to a lower level. This effectively means that states that – for legitimate reasons – do not want to give up the coherence of their sanctioning system have to follow the deplorable trend of increasing punitivity¹³!

3. Specific EU penalty ranges

But, if minimum maximum penalties in harmonisation directives are inefficient, what could be done? The stipulation of specific penalty ranges by the EU or at least minimum penalties can, of course, be discussed:

- Specific EU penalty ranges which consist in prescribing a combination of a minimum and a maximum penalty (e.g. “between 3 to 5 years im-

¹² Cf. also the study on minimum sanctions in the EU Member States, p. 187 (available on <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1226bed2-be78-11e5-9e54-01aa75ed71a1/language-en>; last visited 12th Feb. 2020).

¹³ In Greece, for example, the requirement of a minimum maximum penalty (MMP) of six years leads to problems. If the Greek legislator were to adopt this maximum, it would result in a narrow penalty scale of one year (five to six years of imprisonment) due to the fact that misdemeanours do not in principle provide for a maximum penalty of more than five years and that felonies in Greece are punishable by a statutory minimum of five years of imprisonment. In these cases, the Greek legislator therefore normally provides for a ten year maximum. The use of MMP might also lead to discrepancies between the different Member States if, for example, a MMP of 4 years is implemented in more than half of the countries by a maximum penalty of 5 years, but by a maximum penalty of 4 years in all the other countries.

prisonment”), are politically unenforceable at this point in time and – *de lege lata* – not covered by Art. 83 TFEU. The competence in the treaties only allows minimum harmonisation and therefore does not empower the EU to introduce binding penalty ranges, which necessarily imply an upper limit (in the example: 5 years imprisonment as the maximum penalty allowed).

- Although the introduction of “minimum penalties” is not excluded by the wording of Art. 83 TFEU, the accompanying effect of limitation of judicial discretion is either completely unknown or at least totally contrary to the legal system of many countries (especially Denmark and France). In order to avoid grave conflicts with those legal systems, their peculiarities, which can even be considered to be part of the identity of the state (“national identities”) in the sense of Art. 4 (2) TEU, must be taken seriously.

3. The New Approach: Relative Comparability.

The principal innovation of the new model is to depart from concrete figures and values and render superfluous the use of minimum maximum penalties, which have proven to be unsatisfactory. It instead relies on the idea of “relative comparability”. The aim is to achieve an adequate balance between the interests of the EU legislator as to effective harmonisation on the one hand and the interests of the Member States with regard to maintaining the internal coherence of their law on sanctions on the other hand, hereby respecting the fundamental principles of subsidiarity and proportionality.

1. Imposition of categories of severity by the EU

When describing the legal consequences of a harmonised offence, the EU legislator has a legitimate interest in expressing the gravity of the offence also in relation to other offences, which have already been harmonised. The result is a hierarchy of offences, expressed by a classification of sanctions in a number of categories (hence: “category model”).

Thus, the EU legislator is in the position to create a “nucleus of an EU sanctioning system”. The stipulation of further, more detailed specifications in relation to the sanctions in each category is – for that purpose and at least for the time being – not necessary. This step is left to the Member States, which have a legitimate interest in not losing their basically conclusive and coherent law on sanctions and their sanctioning traditions. Moreover, it

is only by this means that all further national provisions on specification, adaptation and enforcement of sanctions, which differ considerably from state to state and which cannot realistically be approximated, are able to effectively survive and apply coherently. As all legal systems of the Member States are familiar with a hierarchy, or graduation of criminal sanctions due to their severity, it should in principle be possible for them to classify the sanctions which already exist in their national systems in such a manner that they can be assigned to a specific, EU-stipulated number of severity categories.

2. Main features of the category model

Broken roughly down to the core, it can be said that the model consists in a two-step process. In a first step, the EU legislator stipulates categories that – according to the EU – express the (also in relation to other harmonised offences) relative severity of the criminal misconduct. In accordance with the underlying division of responsibilities between the EU and the Member States, it is the EU legislator who finally decides on the number of categories to be used. According to the ECPI's study, a number of 5 categories will be necessary (to differentiate sufficiently between the gravity of offences actually or potentially subject to harmonisation under the TFEU), but also sufficient (to reflect adequately the gravity steps as they can be ascertained in all Member States according to their character and severity – using a number of criteria). Choosing Roman numerals for the individual categories, “category I” shall designate the relatively mildest and “category V” the relatively most severe sanctions.

Example: in the harmonising directive the EU could provide that the basic act of trafficking human beings (as defined in Art. 2 of the Directive on Human Trafficking¹⁴) is a category II offence. If the perpetrator deliberately or by gross negligence (cf. Art. 4 [2] [c] of the Directive on Human Trafficking) endangered the life of the victim, the EU could consider the act a category IV offence.

In a second step, it is the task of the Member States to provide for a sanction specific to their own national legal order, which – in relation to severity – corresponds to the chosen EU category. It could prove useful if

¹⁴ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, OJ L 101, 15.4.2011, p. 1.

the EU provided some guidance as to the criteria to apply when categorising the national sanctions, e.g. in the form of setting up a “manual”. In its study, the ECPI exemplifies some of the useful criteria, which could appear in such a manual – they are the result of the underlying comparative study. However, apart from this “soft guidance”, the EU must not interfere in the process of categorisation itself.

Example: each Member State classifies its own sanctions into five categories and chooses from its toolbox of sanctions a penalty which, in its view, corresponds to category II (for the basic offence of trafficking in human beings) or category IV (for qualified trafficking in human beings). A state such as Germany could – on the basis of a number of factors (e.g. character of the offence as a crime or misdemeanour, limitation period, possibility of conditional sentence) – decide from the 18 penalty ranges known in German law to assign e.g. the penalty range of imprisonment for up to 3 years to the European category II and to provide for this penalty range when implementing the Directive on the harmonisation of sanctions with regard to the basic offence of trafficking in human beings. All internal legal consequences linked to this type and amount of penalty remain applicable. For example, the penalty framework chosen here in our example constitutes a misdemeanour (and not a felony) under the German Criminal Code, which in turn has substantive and procedural consequences: the attempt is basically non-punishable, as is the attempted instigation. A discontinuation of the criminal proceedings is possible on the basis of opportunity grounds according to §§ 153, 153a German Code of Criminal Procedure.

Although the Member States are granted a wide “filling discretion”, their leeway is not without limits. Whenever a specific legal act aiming at the harmonisation of criminal sanctions is implemented, the Court of Justice of the EU retains a certain degree of control power if the European Commission triggers infringement proceedings according to Art. 258 TFEU. If this happens, the Member State in question has to demonstrate transparently the reasonableness and coherence of its categorisation. Because of this control mechanism, it makes sense from the point of view of the Member States to follow a consistent strategy of categorisation right from the start which – and this is obviously another advantage of the model – requires critical self-reflection on their own law on sanctions.

In a nutshell: with regard to harmonisation purposes, it is not the denomination and quantification of the criminal sanction that is important, but its effect and consequences for the person affected, which can only be inferred from the overall context with the national law (on sanctions etc.) as

a whole. It is therefore essential to maintain the coherence of the Member States' systems; the formal comparability of penalties, by contrast, is not conclusive from the outset.

4. An Outlook into the Future.

Apart from reconciling national and EU interests in an approach that attaches great importance to national identities and to the principle of subsidiarity, the category model is obviously "fit" for further advancements – dependent on the political climate between the Member States, of course.

It seems conceivable that – beyond the basic model presented here – the Member States' filling discretion may be reduced by increasing the category requirements set out by the EU. In particular, it seems feasible that the EU may introduce certain characteristics the sanctions of a specific category must fulfil (e.g. "Category IV sanctions [...] must be sanctions which are regularly no longer subject to suspension").

Should the EU in the long run be granted wider competences not only to harmonise national criminal sanctions but also to create supranational penalties for supranational offences¹⁵, the use of the category model may be considered as a constructive interim model as it may be an interesting and promising point of departure for the development of a coherent supranational sanctioning system. Figuratively speaking, it is the EU that then fills its own (future) arsenal of supranational sanctions into the abstract categories that are otherwise filled by the states with their own national sanctions. The experience gained from applying the category model will make it easier to develop a basic structure for coherent supranational criminal law.

¹⁵ *De lege lata* it is contested whether Art. 325 (4) TFEU confers such a competence to the EU, see H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2nd ed. 2018, § 6 marginal number 10 ss.

ANDREA ANNIBALINI

*SPUNTI PER UNA RILETTURA DELL'INSINDACABILITÀ
PARLAMENTARE IN CHIAVE SCRIMINANTE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'insindacabilità del parlamentare *ex art.* 68 c.1 Cost. di fronte alla Corte di Strasburgo. – 3. La natura giuridica dell'insindacabilità parlamentare. – 4. Conclusioni.

1. Premessa.

L'insindacabilità del parlamentare per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni di cui all'art. 68 comma I della Costituzione rappresenta una forma di immunità sostanziale¹ e funzionale di diritto pubblico interno.

La *ratio* sottesa all'art. 68 comma I Cost. è stata rinvenuta nel rafforzamento del principio del divieto di mandato imperativo di cui al precedente articolo 67².

Si ritiene che la prerogativa in oggetto sia posta a tutela non del singolo parlamentare, bensì delle Camere nel loro complesso³: da tale caratteristica ne conseguirebbero, come corollario, l'indisponibilità e l'irrinunciabilità⁴ da parte del singolo parlamentare.

¹ Cfr. Corte Cost. n. 46/2008; Corte Cost. n. 265/1997.

Contrariamente, una parte minoritaria della dottrina (P. DI MUCCIO, *L'insindacabilità dei parlamentari: una introduzione allo studio dell'art. 68, primo comma, della Costituzione*, in *Diritto e Società*, 1986, p. 691), l'ha descritta come un'ipotesi di *esenzione dalla giurisdizione*. Sul punto, si rileva come la dottrina maggioritaria le attribuisca natura sostanziale, poiché a differenza delle ipotesi previste nei commi successivi, gli effetti di tale prerogativa permangono anche successivamente alla cessazione relativamente alle opinioni espresse ed i voti dati in costanza del mandato parlamentare (cfr. N. ZANON, voce "*Parlamentare (status di)*", in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. X, Utet, Torino 1995, p. 626).

² Cfr. G. LASORELLA, F. POSTERARO, voce "*Prerogative Parlamentari*", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXIV, p. 4.

³ Cfr. C. MARTINELLI, *L'insindacabilità del parlamentare*, Giuffrè, Milano 2002, p. 14.

⁴ In senso fortemente critico rispetto alla caratteristica dell'irrinunciabilità, si è espressa al-

L'originaria formulazione dell'art. 68 comma I della Costituzione, prevedeva che «*I membri del Parlamento non possono essere perseguiti per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni*». La legge costituzionale n. 3 del 29 ottobre 1993, ha sostituito la dizione «*non possono essere perseguiti*» con la più ampia formula «*non possono essere chiamati a rispondere*».

Uno degli aspetti maggiormente problematici, attiene all'individuazione del profilo funzionale. Si tratta nello specifico di verificare quali atti posti in essere dal parlamentare – con particolare riferimento alle espressioni proferite – possano ricondursi all'interno dell'insindacabilità oggetto di analisi, verificando se presentino un nesso funzionale con il mandato parlamentare.

Sul punto, si sono registrati diversi approcci in dottrina⁵: da un lato, vi è chi ha inteso fornire un'interpretazione restrittiva⁶, ovvero limitata agli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni *strettamente parlamentari* (c.d. atti *intra moenia*), tale pertanto da non ricomprendervi tutta l'attività *lato sensu* politica del parlamentare; in tal senso, si è così sostenuto che unicamente tale interpretazione rigorosa possa considerarsi rispettosa dei principi di uguaglianza e sottoposizione alla legge. Secondo una differente prospettiva, l'insindacabilità andrebbe estesa a tutti gli atti politici, e pertanto non necessariamente relegata unicamente all'interno del Parlamento.

Sul punto, è così intervenuta la Corte Costituzionale con le note sentenze n. 10 e 11 del 2000, la quale ha ribadito come sia da considerarsi «*superata ormai, in ragione dei fattori di trasformazione della comunicazione politica nella società contemporanea, la tradizionale interpretazione che considerava compiuti nell'esercizio delle funzioni parlamentari – e quindi coperti dall'immunità che appunto garantisce l'autonomia delle Camere – i soli atti svolti all'interno dei vari organi parlamentari o anche paraparlamentari*»⁷, precisando tuttavia come il *nesso funzionale* non possa intendersi in maniera talmente lata da ricomprendervi qualsiasi attività politica svolta; tale linea di demarcazione è stata così rinvenuta nella «*identità sostanziale di contenuto fra l'opinione espressa in sede parlamentare e quella manifestata in sede "esterna"*»⁸.

tra parte della dottrina, alla quale si fa espresso rinvio anche in merito alle pregevoli considerazioni ivi contenute: G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari*, Einaudi, Torino 1979, p. 53 ss.

⁵ Per una più compiuta analisi e classificazione degli orientamenti emersi, anche nelle diverse sfumature, cfr. N. ZANON, voce «*Parlamentare (status di)*» cit., p. 627 ss.

⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari* cit., p. 39 ss.

⁷ Corte Costituzionale n. 11/2000 del 11.01.2000.

⁸ Corte Costituzionale n. 10/2000 del 11.01.2000.

Al dibattito dottrinale, ed all'interpretazione della Consulta, ha fatto poi seguito la legge (ordinaria) n. 140 del 20 giugno 2003⁹ che all'articolo 3 c. 1 ha così previsto: «L'articolo 68, primo comma, della Costituzione si applica in ogni caso per la presentazione di disegni o proposte di legge, emendamenti, ordini del giorno, mozioni e risoluzioni, per le interpellanze e le interrogazioni, per gli interventi nelle Assemblee e negli altri organi delle Camere, per qualsiasi espressione di voto comunque formulata, per ogni altro atto parlamentare, per ogni altra attività di ispezione, di divulgazione, di critica e di denuncia politica, connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento».

La Corte Costituzionale, con l'altrettanto nota sentenza n. 120 del 2004, è stata così chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del summenzionato intervento normativo, il quale, ad avviso dei rimettenti «*lungi dal limitarsi ad attuare l'art. 68, primo comma, della Costituzione, ne avrebbe modificato l'ambito applicativo*». Nel caso di specie, la Corte pervenne ad una sentenza interpretativa di rigetto, analizzando il necessario collegamento che deve sussistere con le funzioni del Parlamento; collegamento funzionale che non viene inficiato dall'intervento normativo censurato, il quale deve necessariamente sussistere anche alla luce della norma ordinaria oggetto di sindacato precisando come la dicitura “anche fuori del Parlamento” nulla aggiunge all'interpretazione consolidatasi in seno alla Corte Costituzionale «*che non ha mai limitato la garanzia della sede parlamentare, giacché il criterio di delimitazione dell'ambito della prerogativa non è quello della “localizzazione” dell'atto, ma piuttosto, come detto, quello funzionale, cioè riferibile in astratto ai lavori parlamentari*». È inoltre interessante constatare come nella predetta sentenza la Consulta compia un esplicito richiamo ai pronunciamenti della Corte di Strasburgo (in relazione alle sentenze *Cordova 1* e *Cordova 2 c. Italia*), oggetto di analisi nel successivo paragrafo.

Successivamente, la Consulta, investita dai giudizi in merito al conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, è nuovamente intervenuta, e nella sentenza n. 59 del 2018, citando i propri precedenti, si è così espressa: «*Al riguardo, non può qui che ribadirsi il costante orientamento di questa Corte, secondo il quale le opinioni espresse extra moenia sono coperte da insindacabilità solo ove assumano una finalità divulgativa dell'attività parlamentare: il che richiede che il loro contenuto risulti sostanzialmente corrispondente alle opinioni espresse*

⁹ All'interno della medesima legge, è altresì contenuto il meccanismo di accertamento procedurale dell'insindacabilità.

nell'esercizio delle funzioni «al di là delle formule letterali usate (sentenza n. 333 del 2011), non essendo sufficiente né un semplice collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale (sentenza n. 334 del 2011), né un mero “contesto politico” entro cui le dichiarazioni extra moenia possano collocarsi (sentenza n. 205 del 2012), né, infine, il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, seppur dibattuti in Parlamento» (sentenza n. 144 del 2015; nello stesso senso, altresì, ex plurimis, sentenze n. 265, n. 221 e n. 55 del 2014). Una diversa interpretazione della prerogativa dell'insindacabilità, infatti, «dilaterebbe il perimetro costituzionalmente tracciato, generando un'immunità non più soltanto funzionale ma, di fatto, sostanzialmente ‘personale’, a vantaggio di chi sia stato eletto membro del Parlamento» (sentenze n. 264 e n. 115 del 2014, n. 313 del 2013; nel medesimo senso già le sentenze n. 508 del 2002, n. 56, n. 11 e n. 10 del 2000)»¹⁰.

Così come per la sentenza n. 120 del 2004, anche la successiva giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato sull'insindacabilità di cui all'art. 68 comma I Cost. è ricca di riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU¹¹; osservazione questa, che ci consente di introdurre la successiva disamina.

2. L'insindacabilità del parlamentare ex art. 68 c.1 Cost. di fronte alla Corte di Strasburgo.

Dall'analisi delle sentenze della Corte EDU, si riscontra una nutrita casistica di pronunce di condanna emesse nei confronti dell'Italia sul versante della violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione, *sub species* di diniego al diritto di accesso al giudice da parte del soggetto che si ritiene leso dalle affermazioni proferite dal parlamentare.

¹⁰ Sentenza Corte Cost. n. 59/2018.

¹¹ In tal senso, cfr. Sentenza Corte Cost. n. 59/2018; Sentenza Corte Cost. n. 144/2015; Sentenza Corte Cost. n. 264/2014; Sentenza Corte Cost. n. 221/2014; Sentenza Corte Cost. n. 115/2014; Sentenza Corte Cost. n. 313/2013; Sentenza Corte Cost. n. 82/2011.

Per ulteriori approfondimenti in merito al rapporto tra le pronunce della Consulta e della Corte EDU, cfr. N. PURIFICATI, *L'insindacabilità dei parlamentari tra Roma e Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, fasc. II, p. 309 ss. In generale, in tema di conflitto tra poteri in merito ad insindacabilità parlamentare, si segnala la recente Corte Cost. n. 113 del 2018, anche in merito ai profili di possibile novità sullo “schema di giudizio” adottato, come rilevato dalla dottrina che ne ha fornito una compiuta analisi: G. D'ALESSANDRO, *Un nuovo schema di giudizio nei conflitti tra poteri sull'insindacabilità parlamentare?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, fasc. 3, p. 1407 ss.

Si procede pertanto ad un rapido esame, rinviando per una più compiuta analisi alla letteratura presente in materia¹².

Caso *Cordova c. Italia*¹³: i fatti riguardavano un magistrato italiano ritenutosi offeso dal Senatore Cossiga per l'invio da parte di quest'ultimo di diverse lettere sarcastiche e giocattoli. Il magistrato sporgeva così querela per oltraggio a pubblico ufficiale e si costituiva parte civile nel predetto procedimento. Il Senato adottava una delibera di insindacabilità *ex art. 68* comma I Cost. ed il pretore di Messina si pronunciava per il non luogo a procedere del Senatore. Il magistrato chiedeva inoltre al Procuratore della Repubblica di Messina di presentare appello avverso tale sentenza, ma l'istanza veniva rigettata in quanto la delibera del Senato non appariva né illogica né manifestamente arbitraria. Il ricorrente, adiva così la Corte di Strasburgo lamentando la violazione dell'art. 6 par. I della Convenzione.

La Corte, in primo luogo, ha osservato che la delibera del Senato sull'insindacabilità, ed il successivo rifiuto del pretore di Messina di sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato davanti alla Corte Costituzionale, avessero privato il ricorrente della possibilità di ottenere qualsiasi tipo di riparazione per il preteso pregiudizio, con conseguente lesione del proprio diritto ad accedere ad un Tribunale. La Corte ha tuttavia osservato come tale diritto non sia assoluto, ma possa dar luogo a limitazioni e che tali limitazioni si conciliano con l'art. 6 par 1 della Convenzione solo qualora perseguano uno «*scopo legittimo ed esista un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito*». La Corte riconosce altresì che in linea di principio l'insindacabilità prevista dall'art. 68 comma 1 Cost. persegua scopi legittimi, ovvero «*la protezione del libero dibattito parlamentare e la garanzia di separazione dei poteri legislativo e giudiziario*». L'analisi successiva della Corte, si è pertanto incentrata sulla valutazione in

¹² Cfr. A. GULLO, *Le immunità come limite alla tutela penale?*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 190 ss.; E. CIOCCARELLI, *Immunità parlamentari e CEDU*, in www.rivistaaic.it; N. PURIFICATI, *L'insindacabilità dei parlamentari* cit., p. 309 ss.; C. PADULA, *Il principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte europea dei diritti sull'insindacabilità dei parlamentari italiani*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1, p. 175 ss.; S. RODRIGUEZ, *L'insindacabilità parlamentare nelle esperienze comparate e l'influenza della Corte di Strasburgo*, in *Nomos* 2-2017 al sito web www.nomos-leattualitaneldiritto.it, p. 8 ss.

¹³ Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, *Cordova c. Italia*, sez. I, 30.01.2003 (ric. n. 40877/98); ad analoghe conclusioni è pervenuta la Corte nella sentenza gemella *Cordova c. Italia* n. 2, sez. I, 30.01.2003 (ric. n. 45649/99) nell'ambito della quale venivano in rilievo talune espressioni utilizzate dall'onorevole Sgarbi contro il medesimo magistrato in occasione di due comizi. Entrambe le sentenze, sono reperibili sul sito www.hudoc.echr.coe.int.

concreto della proporzionalità dell'insindacabilità rispetto agli scopi da essa perseguiti. In tale contesto, la Corte ha rilevato che la condotta del Senatore Cossiga, sebbene preceduta da un'interrogazione parlamentare in senso critico rispetto alle indagini condotte dal magistrato, non fosse *stricto sensu* collegata alle funzioni parlamentari, inserendosi piuttosto in un contesto di «*schermaglia tra privati*», aggiungendo altresì come l'assenza di una stretta connessione con l'attività parlamentare necessiti di interpretare restrittivamente la nozione di proporzionalità summenzionata tra lo scopo perseguito ed i mezzi utilizzati. La Corte, giunge così alla conclusione che vi sia stata violazione del diritto di accesso ad un Tribunale come garantita dall'art. 6 par 1 della Convenzione¹⁴.

La sentenza *Cordova c. Italia* n. 1, ha così rappresentato la «*capostipite*»¹⁵ di una serie di sentenze di condanna emesse nei confronti dell'Italia, di cui se ne riportano taluni tratti ritenuti maggiormente rilevanti ai fini della presente analisi.

Nel caso *De Jorio c. Italia*¹⁶, la Corte di Strasburgo ribadisce che «*Elle rappelle de surcroît que ce droit n'est pas absolu, mais peut donner lieu à des limitations implicitement admises. Néanmoins, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [...]*».

Nel caso *Ielo c. Italia*¹⁷, la specificità risiede nella circostanza che anche la stessa Corte Costituzionale italiana¹⁸, adita dal Tribunale di Roma in sede di conflitto di attribuzioni abbia ritenuto che le affermazioni contestate rientrassero all'interno dell'esercizio delle funzioni parlamentari. La Corte

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti, cfr. G. D'ALESSANDRO, *Insindacabilità parlamentare e diritto di accesso al giudice: il "caso" Cordova dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹⁵ In tal senso, C. PADULA, *Il principio di proporzionalità* cit., p. 176.

¹⁶ Sentenza Corte Europea dei diritti dell'uomo, *De Jorio c. Italia*, sez. I, 3 giugno 2004 (ric. n. 73936/01) reperibile in www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁷ Sentenza Corte Europea dei diritti dell'Uomo del 6 dicembre 2005 (ric. n. 23053/02). Per un commento a detta sentenza, cfr. T.F. GIUPPONI, *Il "caso Ielo" in Europa: Strasburgo "condanna" la Corte italiana in materia di insindacabilità?*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, fasc. 2, p. 381 ss.

¹⁸ Corte Costituzionale n. 417 del 1999.

di Strasburgo, nel dichiarare come vi sia stata nel caso di specie una violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione, ha così censurato anche l'operato della Corte Costituzionale italiana, sebbene vi sia da svolgere sul punto una precisazione, segnalata peraltro dalla stessa Corte EDU¹⁹, ovvero che la pronuncia della Corte Costituzionale in questione (Sentenza n. 417 del 1999), sia intervenuta in epoca antecedente rispetto alla «*nota svolta giurisprudenziale del 2000*»²⁰.

Nei casi *Patrono, Cascini, Stefanelli c. Italia*²¹, la Corte richiamando in più parti i propri precedenti *Cordova 1*, *Cordova 2* e *De Jorio*, ribadisce come «*l'assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare richiede un'interpretazione restrittiva della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi impiegati*».

Per il caso *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*²², conclusosi anch'esso con una pronuncia di condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 6 par. 1 della Convenzione²³, è interessante constatare come esso sia intervenuto a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale (Sentenza n. 305 del 2007), la quale aveva dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni proposto per motivi procedurali²⁴. La Corte EDU, pur non entrando

¹⁹ Sul punto, l'analizzata sentenza della Corte EDU, così si esprime «[...] la Corte ricorda di aver rilevato, nei due casi *Cordova* (rispettivamente par. 65 e par. 66) e *De Jorio* (par. 56), che la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva conosciuto una qualche evoluzione e che l'alta giurisdizione italiana riteneva ormai illegittimo che l'immunità si estendesse a frasi prive di sostanziale corrispondenza con precedenti atti parlamentari, di cui si potesse dire che l'interessato vi aveva fatto riferimento[...]».

²⁰ Così T.F. GIUPPONI, *Il "caso Ielo" in Europa* cit., p. 382.

²¹ Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 20 aprile 2006 (ric. n. 10180/04).

²² Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*, 24 febbraio 2009 (ric. n. 46967/07). Per un commento alla predetta sentenza, cfr. G. REPETTO, *L'insindacabilità parlamentare (di nuovo) a Strasburgo, tra modelli da ripensare e un dialogo da prendere sul serio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 1300 ss.; N. PLASTINA, *Immunità parlamentare e diritto al processo. Caso Cofferati: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna ancora una volta l'Italia*, in *Cassazione Penale*, 2009, fasc. 7-8, p. 3196 ss.

Ad analoghe conclusioni, la Corte EDU sul caso *C.G.I.L. e Cofferati n. 2 c. Italia* intervenuta a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 368 del 2007 (la quale anch'essa aveva dichiarato inammissibile il conflitto di attribuzioni per motivi procedurali).

²³ Sul punto, si segnala l'opinione dissenziente espressa dai giudici Sajó e Karakaş, i quali argomentano che, contrariamente al caso *De Jorio*, le dichiarazioni oggetto di analisi non paiono "isciversi nel quadro di una disputa tra privati".

²⁴ Secondo la Consulta, difettava nel caso di specie il requisito dell'autosufficienza del ricorso.

nel merito della correttezza del pronunciamento della Consulta, ha tuttavia constatato come, in concreto, tale pronuncia di inammissibilità abbia impedito di valutare se le dichiarazioni del parlamentare potessero considerarsi coperte dall'art. 68 c. I Cost.

Da ultimo, si indica la sentenza della Corte EDU, resa nel caso *Onorato c. Italia*²⁵, nell'ambito della quale, la Corte ha ritenuto «*l'assenza di un legame evidente con un'attività parlamentare richiede una interpretazione stretta della nozione di proporzionalità tra lo scopo perseguito e i mezzi utilizzati*», conclusasi anch'essa con la condanna dell'Italia per violazione dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione²⁶.

3. La natura giuridica dell'insindacabilità parlamentare.

La natura giuridica dell'insindacabilità del parlamentare, si è prestata a molteplici interpretazioni.

Una parte minoritaria della dottrina, come già anticipato nelle premesse del presente contributo ha fatto riferimento ad un'ipotesi di esenzione dalla giurisdizione²⁷; invero, tale prospettiva non appare convincente anche alla luce della considerazione che gli effetti dell'immunità permangono successivamente alla cessazione del mandato in relazione, come evidente, agli atti compiuti in costanza dello stesso.

Altra parte della dottrina penalistica, che invero non ha trovato seguito nella prassi giurisprudenziale, ha fatto riferimento al concetto di capacità giuridica penale²⁸ per spiegare il fenomeno delle immunità. In particolare, una delle formulazioni maggiormente seguita, considera le immunità come

²⁵ Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, *Onorato c. Italia*, 24 maggio 2011 (ric. n. 26218/2016).

²⁶ Si segnala inoltre, l'opinione dissenziente resa dal giudice Karakaş secondo il quale «*si doveva evitare una concezione troppo ampia della nozione "disputa tra privati" con riguardo alla tutela offerta dall'articolo 10 della Convenzione*».

²⁷ Si rinvia alla nota 1, anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi contenuti.

²⁸ Sul punto, sebbene con diverse declinazioni, cfr. A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Cedam, Padova 1939; G. PISAPIA, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità giuridica di diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1942, p. 149 ss.; M. GALLO, voce "Capacità penale", in *Novissimo digesto italiano*, Vol. II, Utet, Torino 1968, p. 880 ss.; P. SEVERINO, voce "Capacità penale", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, 1988; F. FORGIONE, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica delle cause d'immunità*, in *Cassazione penale*, n. 4/2008, p. 1386 ss.

un requisito negativo della capacità penale²⁹. Tuttavia, non si ritiene condivisibile la teoria in oggetto, e pare colgano nel segno le critiche mosse da altra parte della dottrina in merito al concetto stesso di capacità penale: in tal guisa, si è sostenuto come la capacità di diritto penale rischi di confondersi con il concetto di imputabilità³⁰; si è inoltre sostenuto come sia priva di fondamento la trasposizione di un concetto privatistico all'interno del diritto penale³¹; ed ancora che far dipendere la qualifica giuridica da una qualità soggettiva trasformerebbe l'immunità in questione in un privilegio³².

Al fine di fornire una rapida analisi delle teorie emerse, è opportuno accennare ad una dottrina minoritaria³³ che ha fatto ricorso al principio di inesigibilità³⁴ per qualificare le immunità; in quest'ottica, il soggetto immune si troverebbe di fronte ad un conflitto di motivi che ne inficerebbe la colpevolezza, ed in particolare «*il processo motivazionale dell'immune è alterato dalla compresenza di due forze motivanti, quella legata agli interessi funzionali e quella della mera obbedienza. Nel rappresentarsi l'una e l'altra, il soggetto agente dà la prevalenza alla forza motivante dell'interesse di funzione e trasgredisce incolpevolmente il dovere di obbedienza*»³⁵. Anche tale ricostruzione non appare convincente e si presta all'obiezione di fondo comune alla teoria delle cause di non punibilità in senso stretto, ovvero che in quest'ottica spiegherebbe i propri effetti unicamente su un versante penalistico.

È ora opportuno analizzare le due teorie principali che sono emerse per spiegare la natura giuridica dell'insindacabilità del parlamentare ex art. 68 comma I Cost.³⁶.

²⁹ M. GALLO, voce "Capacità penale" cit., p. 880 ss; F. FORGIONE, *Alcune considerazioni sulla natura giuridica delle cause d'immunità*, in *Cassazione penale*, n. 4/2008, p. 1386 ss.

³⁰ E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, vol. I, IV ed., Vallardi, Milano 1934, p. 290.

³¹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano 2003, p. 599.

³² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2015, p. 793.

³³ A. ABUKAR HAYO, *L'immunità penale come species dell'inesigibilità*, Giappichelli, Torino 2006, *passim*.

³⁴ In termini generali, sul principio di inesigibilità, cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova 1990.

³⁵ A. ABUKAR HAYO, *L'immunità penale* cit., p. 174.

³⁶ In termini generali, per una chiara classificazione e descrizione delle cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto, si veda M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità in senso stretto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1990, p. 55 ss.

Parte della dottrina³⁷, considera l'art. 68 comma I Cost. alla stregua di una causa di esclusione della sola punibilità. L'assunto di fondo è che essa contemplerebbe unicamente una mera causa personale di esclusione della pena, che non andrebbe pertanto ad incidere sull'antigiuridicità ed opererebbe unicamente in favore del parlamentare, con esclusione degli eventuali concorrenti.

In senso critico, si è osservato che tale ricostruzione porterebbe al paradosso di poter assoggettare i soggetti immuni a misure di sicurezza in virtù dell'art. 203 c.p. che nella dizione "non punibile" potrebbe riferirsi al soggetto che gode di tale causa di esclusione da pena³⁸.

Sempre in senso critico, si è ancora sostenuto come vi sarebbe una diversità di ragioni giustificatrici tra le cause di esclusione della sola punibilità, che rinvergono il proprio fondamento in esigenze di mera opportunità, e le immunità³⁹.

Altra critica che è possibile muovere attiene alle conseguenze, ed in particolare: atteso che si considera pacificamente che il parlamentare che giova dell'art. 68 c. I Cost. vada esente da qualsiasi conseguenza, non solo penale, tale assunto mal si concilia con l'effetto particolare che producono le cause di non punibilità in senso stretto.

In senso difforme, una nutrita parte della dottrina – penalistica⁴⁰ e costituzionalistica⁴¹ – ha rinvenuto nell'art. 68 C. I Cost., una causa di giustificazione.

³⁷ Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Vol. I, Giuffrè, Milano 1947, p. 370; G. BETTIOL, L. PETTOELLO, F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, XII ed., Cedam, Padova 1986, p. 196 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale* cit., p. 150; M. SABATINI, *La Cassazione si pronuncia nuovamente sulla natura giuridica dell'immunità parlamentare*, in *Cassazione Penale* 2011, fasc. 3, 1008 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale* cit., p. 793; C. CAMPEIS, *La controversa natura dell'immunità parlamentare: scriminante o causa di esclusione della punibilità?*, in *Giustizia penale*, 2008, p. 549 ss.

³⁸ M. GALLO, voce "Capacità penale" cit., p. 883.

³⁹ Cfr. T. DELOGU, *L'immunità penale dei consiglieri regionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, p. 663. In particolare, secondo l'Autore «[...] a differenza di quanto avviene per le cause di esenzione da pena, dal fondo di ogni immunità sostanziale affiora sempre la necessità di garantire il soddisfacimento di un interesse fondamentale per la vita dell'ordinamento, così come essa deve svolgersi secondo i principi dettati dalla costituzione in senso formale ed in senso materiale».

⁴⁰ A. PAGLIARO, voce "Immunità (diritto penale)", in *Enciclopedia del diritto*, vol XX; T. DELOGU, *L'immunità penale* cit., p. 621 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano 2004, p. 90 ss.

⁴¹ R. MORETTI, *Sui limiti delle immunità parlamentari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, p. 767 ss.; T.F. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Giappichelli, Torino 2005, p.

Nell'alveo di tale dogmatica, vi è chi ha ritenuto di sussumere l'articolo 68 comma I Cost. all'interno della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.⁴², ovvero chi ha ritenuto che l'articolo 68 comma I Cost. costituisca *ex se* un'autonoma norma che esclude l'antigiuridicità del fatto⁴³.

In ordine alla portata dell'art. 68 comma I Cost., si è più volte espressa la giurisprudenza civile. In particolare, atteso che il riconoscimento dell'insindacabilità nei confronti del parlamentare comporta per lo stesso il venir meno non solo delle conseguenze penali, ma anche civili, la giurisprudenza ha dovuto indagare se potessero azionarsi profili risarcitori in capo a terzi (giornalista, direttore responsabile, editore) che abbiano diffuso o concorso a diffondere le espressioni proferite dal parlamentare ritenute lesive dei soggetti coinvolti. Sotto tale profilo, la giurisprudenza civile è decisamente incline ad estendere le varie forme di responsabilità risarcitoria. L'assunto di fondo è che l'insindacabilità del parlamentare non vada ad inficiare «l'oggettiva illiceità dell'atto»⁴⁴ e che essa debba avere «*natura squisitamente soggettiva*»⁴⁵, con la conseguenza che sarà invocabile unicamente dal parlamentare e che della stessa «*non può giovare il compartecipe privo della medesima qualifica*»⁴⁶.

In ambito penale, la giurisprudenza⁴⁷ si è più volte pronunciata ravvisando nell'art. 68 comma I Cost. una causa di esclusione della sola punibilità. In quest'ottica, la Cassazione nella sentenza n. 43090 del 2007⁴⁸, in merito alla censurata estensione al concorrente dell'insindacabilità di cui può giovare il parlamentare, si è così espressa: «*La tesi racchiusa nel convincimento che l'immunità non possa circoscriversi al parlamentare, ma debba intendersi estesa ai mezzi d'informazione che hanno diffuso le dichiarazioni e le opinioni che dall'immunità stessa sono coperte, muove dal tacito presupp-*

23; N. ZANON, voce «Parlamentare (status di)» cit., p. 627; G. LASORELLA, F. POSTERARO, voce «Prerogative parlamentari» cit., p. 5.

⁴² A. PAGLIARO, voce «Immunità (diritto penale)» cit., p. 221 ss.

⁴³ Cfr. N. ZANON, voce «Parlamentare (status di)» cit., p. 627; G. LASORELLA, F. POSTERARO, voce «Prerogative parlamentari» cit., p. 5; T.F. GIUPPONI, *La natura giuridica dell'insindacabilità parlamentare, tra esigenze oggettive e soggettive di tutela: causa di giustificazione o causa di esclusione della punibilità?*, in IUS/17, 1/2009, p. 120.

⁴⁴ Cass. Civ., Sez. I, 5 maggio 1995 n. 4871; Cass. Civ., Sez. III, 4 ottobre 2011 n. 20285.

⁴⁵ Cass. Civ., Sez. III, 11 ottobre 2013, n. 23144.

⁴⁶ Cass. Civ., Sez. III, 25 marzo 2016 n. 5959.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. V, 5 marzo 2010, n. 13198; Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2007 n. 43090; Cass. Pen., Sez. V, 15 febbraio 2008, n. 15323.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. V, 19 settembre 2007 n. 43090.

sto che la norma costituzionale invocata appresti una causa di giustificazione: la quale, coerentemente con tale ottica, dovrebbe estendersi al concorrente. Siffatta costruzione giuridica non può, tuttavia, trovare consenso, dovendosi invece attribuire all'immunità parlamentare la valenza di una causa soggettiva di esclusione della punibilità: donde rimane esclusa la possibilità che di essa possa valersi il compartecipe privo della medesima guarentigia».

Di particolare interesse, la sentenza della Cassazione n. 15323 del 2008⁴⁹, chiamata a pronunciarsi sul reato di omesso controllo colposo di cui all'art. 57 c.p. in seguito alla pubblicazione di talune espressioni ritenute offensive comparse in un articolo a firma di un noto parlamentare. La Cassazione, prende le mosse dalla considerazione che il reato di diffamazione rappresenti l'evento del reato di omesso controllo colposo da parte del direttore. In tal guisa, se i fatti compiuti dal parlamentare fossero coperti da una causa di giustificazione, che elide l'antigiuridicità della condotta, ne conseguirebbe la non punibilità del direttore, venendo meno il reato-evento sul quale il direttore avrebbe dovuto operare il controllo. Su questo punto, la Cassazione censura la sentenza di Appello impugnata che aveva qualificato l'insindacabilità del parlamentare alla stregua di una causa di giustificazione, ed affermando che il parlamentare «*ha la possibilità (non il diritto) di dire impunemente il falso, ma ha poi il diritto di non essere per questo giudicato*», ed ancora «*[...] quando il parlamentare, nell'esercizio delle sue funzioni e superando i limiti del diritto di critica, esprima opinioni lesive dell'altrui reputazione, egli non agisce in presenza di una causa di giustificazione, che elide l'antigiuridicità, ma si avvale (nei limiti per altro di cui alle sentenze della Corte cost. 10/00, 11/00, 289/01 e successive) di una mera causa di non punibilità, espressamente prevista dall'ordinamento a tutela della funzione parlamentare. Ne consegue ulteriormente che tale (soggettiva) causa di esclusione della punibilità, non giova nè all'eventuale concorrente nel reato, né – nel caso in cui la condotta diffamatoria abbia avuto come mezzo di diffusione la stampa – al direttore del giornale che, violando il precetto di cui all'art. 57 c.p., non abbia impedito la pubblicazione della notizia diffamatoria*».

In un'ottica scriminante, si è espressa una parte minoritaria della giurisprudenza di merito⁵⁰ e legittimità⁵¹. La Cassazione nella sentenza n. 38944

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. V, 15 febbraio 2008, n. 15323.

⁵⁰ Trib. Milano, 3 febbraio 1999, riportata in massima in *Foro ambrosiano* 1999, 133 ss. con nota di R. TARGETTI.

⁵¹ Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2006 n. 38944, con nota di F. FORGIONE, *Alcune con-*

del 2006, si esprime chiaramente in favore della teoria della causa di giustificazione. In estrema sintesi, e per la parte ritenuta rilevante ai fini della presente analisi: la Suprema Corte rigettava un ricorso proposto dalle parti civili avverso la sentenza di appello nei confronti di un direttore di rete televisiva per le affermazioni enunciate da un noto parlamentare. I ricorrenti, in particolare deducevano *«violazione dell'art. 119 c.p., commi 1 e 2 e art. 51 c.p., sul rilievo che la pronuncia di insindacabilità costituirebbe causa personale di esclusione della responsabilità dell'autore delle dichiarazioni offensive non estensibile ad altri che tale ruolo non abbia assunto»*. Di contrario avviso la Corte di Cassazione, la quale ha affermato come l'insindacabilità del parlamentare debba considerarsi una causa di giustificazione (ed in particolare un'ipotesi di esercizio del diritto), la cui presenza renderebbe lecito il fatto per tutti i concorrenti⁵².

Meritano altresì segnalazione le recenti sentenze della Cassazione n. 40347 del 2018⁵³ intervenuta (anche) sul punto della natura giuridica dell'insindacabilità parlamentare⁵⁴ – in tema di corruzione da parte di un membro del Parlamento per aver ricevuto un'indebita utilità relativamente all'esercizio della propria funzione –, nonché la sentenza n. 32862 del 2019⁵⁵

siderazioni sulla natura giuridica delle cause di immunità, in *Cassazione penale*, n.4/2008, p. 1386 ss.

⁵² Cass. Pen., Sez. V, 27 ottobre 2006 n. 38944: *«La speciale causa di giustificazione nella specie applicata configura, infatti, una ipotesi di legittimo esercizio di un diritto (art. 51 c.p.) affermando il principio che un fatto costituente esercizio di una facoltà riconosciuta dall'ordinamento non può, al tempo stesso, essere qualificato come reato. Trattasi, pertanto, di una causa di giustificazione, che rende lecita la condotta, e non anche di una causa di esclusione della colpevolezza che lascerebbe sussistere l'illiceità del fatto. La presenza della causa di giustificazione rende allora il fatto lecito per tutti i concorrenti (art. 119 c.p.) [...]»*.

⁵³ Cass. Pen., Sez. VI, 2 luglio 2018 n. 40347.

⁵⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 2 luglio 2018 n. 40347: *«D'altronde la nozione di causa di non punibilità non coglie il complesso fenomeno che è alla base di tale non punibilità, non costituente mero esonero da pena, ma convergente risultato di due profili diversi, cioè, da un lato, l'agire con libertà dei fini e senza vincolo di mandato e, dall'altro, l'agire in un quadro costituzionale che non tollera la sua classificazione secondo le regole del diritto comune, ove non emergano frazioni esterne di quell'agire ovvero il coinvolgimento di beni ulteriori o di terzi. Ciò significa che la immunità costituisce in primo luogo il risultato di una causa di imperscrutabilità dell'attività del parlamentare, la quale solo ove posta in essere in violazione dei limiti ad essa propri, in quanto parimenti di rango costituzionale, ovvero tale da non esaurire in sé l'esercizio della funzione o da coinvolgere beni ulteriori, ad essa esterni, risulta classificabile secondo il diritto comune e dunque anche secondo il diritto penale»*.

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. V, 22 luglio 2019 n. 32862.

– in merito ad affermazioni ritenute offensive da parte di un parlamentare europeo nel corso di una trasmissione radiofonica – che riprende le motivazioni sul punto della sentenza precedentemente citata, le quali possono offrire entrambe molteplici spunti di riflessione⁵⁶.

4. Conclusioni.

Svolta tale analisi, ad avviso dello scrivente appare maggiormente convincente la dogmatica che iscrive l'insindacabilità del parlamentare all'interno della categoria delle cause di giustificazione. Sotto tale prospettiva, militano infatti due argomentazioni difficilmente superabili: l'universalità di esclusione delle conseguenze e l'identità di *ratio*.

In merito al primo argomento, si evidenzia infatti come costituisca *ius receptum* la circostanza che il parlamentare vada esente da qualsiasi forma di responsabilità, ancor più dopo la riforma costituzionale avvenuta per opera della legge costituzionale n. 3 del 1993 che in luogo dell'originaria dizione «non possono essere perseguiti» prevede ora la più ampia formula «non possono essere chiamati a rispondere».

Tale interpretazione, è fatta propria anche dalla Corte Costituzionale⁵⁷ secondo la quale «[...] questa Corte, nella sua costante giurisprudenza in tema di conflitti sorti in relazione all'applicazione del primo comma dell'art. 68 della Costituzione, non ha mai operato una distinzione fra i diversi tipi di responsabilità giuridica a cui può andare incontro un parlamentare di cui si asserisca che abbia ecceduto dall'esercizio delle sue tipiche funzioni; anzi, questa Corte ha avuto occasione di affermare espressamente che la prerogativa costituzionale di cui al primo comma dell'art. 68 della Costituzione «si riferisce non solo alla responsabilità penale, ma anche a quella civile, come a qualsiasi altra forma di responsabilità diversa da quella che può essere fatta valere nell'ambito dell'ordinamento interno della Camera di appartenenza» (sentenza n. 265 del 1997)».

Ebbene, tale aspetto risulta precipuo delle scriminanti, le quali, elidendo l'elemento dell'antigiuridicità, consentono di qualificare il comporta-

⁵⁶ Per una più compiuta analisi della sentenza n. 40347 del 2018, cfr. M.C. UBIALI, *In tema di corruzione del parlamentare (note a margine del caso Berlusconi-De Gregorio)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, 2018, p. 2296 ss.; B. ROSSI, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. VI, data udienza Ud. 2 luglio 2018, data deposito (dep. 11 settembre 2018), n. 40347*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2019, p. 175 ss.

⁵⁷ Corte Cost., Sentenza n. 46 del 2008.

mento del parlamentare lecito per l'intero ordinamento giuridico in luogo di una semplice non punibilità ristretta all'ambito penale.

Il secondo argomento, che pare anch'esso cogliere nel segno, attiene all'identità di *ratio*⁵⁸ tra insindacabilità del parlamentare e cause di giustificazione. Alla base delle cause di giustificazione risiede infatti un conflitto tra interessi, che l'ordinamento risolve attingendo al principio dell'interesse prevalente, ovvero dell'interesse mancante. Nel caso di specie, e più volte trattato delle espressioni offensive proferite dal parlamentare, i due interessi in conflitto sono da un lato l'onore e la reputazione e, dall'altro, il libero esercizio della prerogativa parlamentare; rispetto ad essi, con i limiti ed i requisiti come riprodotti nei paragrafi precedenti, l'ordinamento accorda prevalenza al secondo mediante la predisposizione dell'insindacabilità parlamentare.

Inoltre, tale argomentazione, potrebbe ritenersi ulteriormente rafforzata dall'intervento della Corte EDU. Come sopra evidenziato, infatti, i giudici di Strasburgo riconoscono da un lato il diritto di accesso degli individui ad un Tribunale, ma riconoscono altresì come tale diritto non debba essere considerato in maniera assoluta, bensì limitabile qualora legittimo – come nel caso della prerogativa parlamentare di cui all'art. 68 comma I della Costituzione – e purché, in concreto, tale limitazione sia proporzionata rispetto allo scopo perseguito. Si concorda pertanto con la dottrina che rinviene in tale bilanciamento di diritti e/o interessi contrapposti un ulteriore avallo alla natura di causa di giustificazione dell'insindacabilità del parlamentare⁵⁹.

⁵⁸ Per tale argomentazione, Cfr. T. DELOGU, *L'immunità penale dei consiglieri regionali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, p. 634.

⁵⁹ A. GULLO, *Le immunità cit.*, *passim*.

CECILIA ASCANI

*LA DIRETTIVA (UE) 2017/1371 E L'INTRODUZIONE
DELLE FATTISPECIE TRIBUTARIE AL MODELLO 231
DI RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *L'input* europeo alla modifica legislativa italiana. – 3. L'auspicata introduzione normativa e la pronuncia delle Sezioni Unite di Cassazione del 2014. – 4. Il Decreto n. 124/2019 e la successiva legge di conversione n. 157/2019. – 5. Le concrete misure di prevenzione dei reati tributari per le persone giuridiche.

1. Introduzione.

L'introduzione delle fattispecie tributarie fra il novero dei reati presupposto *ex d.lgs. 231/2001* è avvenuta sulla spinta della legislazione europea rivolta alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea. Il presente contributo vuole offrire un esame iniziale del sistema che andrà a innescarsi con tale introduzione, alla luce dell'evoluzione dottrina e giurisprudenziale che ha invocato la modifica. Senza pretesa di esaustività data la natura in evoluzione della tematica, particolare attenzione verrà rivolta verso talune concrete misure che potranno essere adottate dagli enti in un'ottica di prevenzione delle fattispecie tributarie, nonché verso altri strumenti già nella disponibilità delle aziende in un'ottica di dialogo collaborativo con le autorità preposte alla vigilanza fiscale.

2. *L'input* europeo alla modifica legislativa italiana.

L'articolo 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea obbliga l'UE e gli Stati membri a combattere le frodi e ogni altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari dell'UE con misure dissuasive.

Oltre il 90% del bilancio dell'UE viene gestito a livello nazionale. I danni al bilancio dell'UE risultanti da reati e altre attività illecite ammonta a centinaia di milioni di euro ogni anno e costituisce serio motivo di preoccupazione. Nel 2011 la Commissione ha adottato una comunicazione contenente proposte volte a migliorare la tutela degli interessi finanziari dell'UE.

La Direttiva UE 2017/1371 in materia di lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale, ha trovato attuazione mediante l'iniziale previsione di cui all'art. 3 della legge di delegazione europea 2018, legge n. 117 del 4 ottobre 2019.

Questa mirava, in particolare, a creare un sistema più forte e maggiormente armonizzato, con norme minime comuni, per combattere i crimini lesivi del bilancio dell'UE e proteggere meglio gli interessi finanziari dell'UE e il denaro dei contribuenti all'interno dell'UE.

Al suo interno sono state previste sanzioni penali minime «*effettive, proporzionali e dissuasive*», comprendono una pena massima di almeno quattro anni di reclusione qualora il danno finanziario al bilancio dell'UE sia di valore superiore al limite di 100.000 euro, in caso di reato grave ai danni del sistema comune di imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre circostanze gravi definite nel diritto nazionale.

È stato, altresì, previsto che qualora un reato comporti danni inferiori a 10.000 euro gli Stati membri possono prevedere sanzioni di natura diversa da quella penale.

Per quanto riguarda le persone giuridiche, la direttiva prevedeva altri tipi di sanzioni oltre alle ammende (penali e non penali).

Quest'ultima ha demandato agli stati membri di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche che abbiano tratto beneficio dalla consumazione di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, qualora tali reati siano stati commessi da parte dei membri apicali delle medesime, ovvero a seguito dell'omissione di controlli da parte dei vertici societari¹.

Il considerando n. 4 della richiamata Direttiva statuiva che «*la nozione di reati gravi contro il sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto [...] fa riferimento alle forme più gravi di frode dell'IVA [...] I reati contro il sistema comune dell'IVA dovrebbero essere considerati gravi qualora siano connessi al territorio di due o più Stati membri, derivino da un Sistema fraudolento per cui tali reati sono commessi in maniera strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune dell'IVA e il danno complessivo causato dai reati sia almeno pari a 10.000.000 EUR*».

Come si avrà modo di leggere nel proseguo il legislatore italiano ha indubbiamente colto l'invito di origine europea per mettere mano a un aspetto della normativa societaria che da largo tempo invoca ammodernamenti.

Tra i primi commentatori non è mancato chi si sia espresso in chiave cri-

¹ Si veda art. 6 della legge di delegazione europea n. 117 del 2019.

tica circa l'opportunità di una integrazione a *spot* delle fattispecie tributarie ai reati presupposto del d.lgs. 231/2001, invocando piuttosto un'esigenza di riforma organica che investa l'intera materia della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato².

3. L'auspicata introduzione normativa e la pronuncia delle Sezioni Unite di Cassazione del 2014.

Le prime manifestazioni di perplessità rispetto all'assenza delle fattispecie tributarie fra i reati presupposto al modello di responsabilità *ex* 231/2001 pervennero dalla dottrina³.

Oltre alla reale proposta di modifica formulata dalla Commissione Greco⁴, sul punto numerosi autori avevano, ben prima, auspicato un loro ingresso tra le fattispecie presupposto, sostenendo che l'introduzione degli illeciti fiscali fra i reati richiamati dal d.lgs. n. 231 del 2001 non avrebbe presentato profili di particolare novità, posto che l'ordinamento italiano già conosceva modelli punitivi che, in relazione al medesimo fatto, prevedano una responsabilità penale, una responsabilità amministrativa e una responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. n. 231 del 2001.

Si considerò agevolmente superabile l'obiezione relativa alla possibile duplicazione di sanzioni derivante dall'applicazione alla società tanto della sanzione amministrativa di cui all'art. 11, co. 1, d.lgs. n. 472 del 1997 che delle pene di cui agli artt. 9 ss. d.lgs. n. 231 del 2001. I fautori della tesi in esame sostennero, infatti, che già allora – senza pertanto che fosse necessario un ulteriore intervento del legislatore – le previsioni di cui ai citati d.lgs.

² Tra le prime annotazioni si veda S. FINOCCHIARO, *In vigore la "riforma fiscale": osservazioni a prima lettura della legge 157/2019 in materia di reati tributari, confisca allargata e responsabilità degli enti*, in *Sistema Penale*, del 7 gennaio 2020.

³ Si vedano sul punto C. SANTORIELLO, *I reati tributari nella responsabilità da reato degli enti collettivi: ovvero dell'opportunità di configurare la responsabilità amministrativa delle società anche in caso di commissione di reati fiscali*, in *Archivio penale*, n. 1/2017; R. ALAGNA, *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012 e per un completo esame dei lavori della Commissione Greco si veda P. IELO, *Commissione Greco: dall'usura alla frode verso una più ampia responsabilità degli enti*, in *Guida al diritto*, n. 1/2010.

⁴ La Commissione di riforma del d.lgs. 231/2001, c.d. "Commissione Greco", oltre a prevedere l'inserimento di ulteriori reati presupposto per la corresponsabilizzazione dell'ente, apportò sensibili modifiche anche alla "parte generale" del decreto, anzitutto modificando i criteri oggettivi e soggettivi di ascrizione della responsabilità all'ente e, in secondo luogo, prevedendo dei modelli organizzativi più "leggeri" per le realtà aziendali più piccole.

n. 497 e n. 231 avevano campi di applicazione assolutamente diversi e non sovrapponibili, in quanto la sanzione di cui all'art. 11, co. 1, d.lgs. n. 472 del 1997 prescindeva da ogni forma di responsabilità dell'ente, che non aveva alcuna possibilità di essere esonerato dall'applicazione della pena, posto che la sanzione tributaria in discorso svolgeva e svolge tutt'ora *«un carattere meramente servente rispetto alla sanzione penale [...] l'obbligo in questione ha natura di obbligazione solidale che conferisce all'ente la titolarità del diritto di regresso nei confronti del coobbligato, situazione difficilmente riconducibile ad uno schema di responsabilità dipendente da reato»*⁵.

L'orientamento sviluppatosi sulla scorta di queste riflessioni caldeggiava l'introduzione dei reati tributari nel novero delle ipotesi di corresponsabilizzazione dell'ente quale possibile innovazione di rilevante importanza, salutata con favore da quanti da tempo ne sostenevano la necessità.

Ulteriore elemento di opportunità per l'invocato ampliamento del novero degli illeciti presupposto della responsabilità dell'ente venne rinvenuto anche sul piano sanzionatorio, posto che nel sistema punitivo delineato dall'art. 11 d.lgs. n. 497 non venivano ricomprese le sanzioni interdittive e la confisca, contemplate invece nel d.lgs. n. 231; di contro, il modello della responsabilità degli enti elaborato dal d.lgs. 231/2001 appariva, allo stato, quello che meglio si prestava a colpire le condotte illecite, che intervenivano all'interno degli enti e finalizzate alla realizzazione di profitti, sia per la previsione dell'interdizione-sanzione, in ragione della sua capacità a incidere sull'operatività dell'ente, sia per la previsione della confisca-sanzione, obbligatoria ed eseguibile anche per equivalente, senza badare alla circostanza che proprio nel settore tributario la logica del profitto nell'interesse dell'ente è strutturale alla condotta posta in essere dall'autore materiale del reato, sì che dovevano ravvisarsi nella loro massima estensione le ragioni per cui era stato adottato il sistema della responsabilità degli enti.

In senso contrario l'opinione di coloro che rinvenivano più di un motivo ostativo all'introduzione della nuova categoria di reati presupposto, come per esempio la presenza di una sanzione tributaria già irrogabile nei confronti dell'ente (art. 19, co. 2, d.lgs. 74/00) e la non delegabilità degli obblighi tributari, che avrebbe determinato disarmonie con la disciplina (tutta fondata sul presupposto di una spersonalizzazione dell'attività di impresa) contenuta nel d.lgs. 231/2001⁶.

⁵ P. IELO, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Riv. resp. amm. enti*, n. 3/2007.

⁶ Per un maggiore approfondimento sulla ricostruzione dei vari orientamenti si veda C. SANTORIELLO, *I reati tributari* cit., p. 2 ss.

La Corte Suprema di Cassazione venne chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale circa la possibile aggressione diretta dei beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa.

Fino a quel momento sul tema si erano formati due orientamenti: secondo il primo indirizzo nel caso di violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante nell'interesse della società, il sequestro preventivo e la successiva confisca per equivalente potevano avere a oggetto i beni della persona giuridica⁷. In questo senso si sostenne che, sebbene la responsabilità per il reato tributario fosse riferibile alla sola persona fisica, le conseguenze patrimoniali ricadessero sulla società a favore della quale il legale rappresentante aveva agito.

Secondo altro orientamento, viceversa, non sarebbe stato ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni appartenenti alla persona giuridica, quando si procedeva per violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, salvo il caso in cui la struttura societaria costituisse mero apparato fittizio creato *ad hoc* dal reo al solo scopo di farvi confluire i profitti illeciti derivanti dai reati tributari⁸.

Intervenute sul punto le Sezioni Unite stabilirono che doversi preferire il secondo orientamento, affermando i seguenti principi di diritto:

«È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica».
«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio».

⁷ Cass. pen. sez. III, n. 28731 del 7.06.2011 (dep. il 19.07.2011) con nota di L. DELLA RAGIONE, *La Suprema Corte ammette il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse dal legale rappresentante*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

⁸ Cass. pen. sez. III, n. 1256 del 19.09.2012 (dep. il 10.01.2013) con nota di O. MAZZA, *Il caso Unicredit al vaglio della Cassazione: il patrimonio dell'ente non è confiscabile per equivalente in caso di reati tributari commessi dagli amministratori a vantaggio della società*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato».

«L'impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato».

Le Sezioni Unite non mancarono di rilevare come l'allora situazione normativa manifestasse evidenti profili di irrazionalità e incoerenza, ciò a causa del *«mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie»*, perché, osservano i giudici della Suprema Corte, *«è possibile, attraverso l'intestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al profitto di reato, sottrarre tali beni alla confisca per equivalente, vanificando o rendendo più difficile la possibilità di recupero di beni pari all'ammontare del profitto di reato, ove lo stesso sia stato occultato e non vi sia disponibilità di beni in capo agli autori del reato»*.

La stessa logica che ha mosso il legislatore nell'introdurre la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti, aggiunsero le Sezioni Unite, finì *«per risultare non poco compromessa proprio dalla mancata previsione dei reati tributari tra i reati presupposto»*⁹.

4. Il Decreto n. 124/2019 e la successiva legge di conversione n. 157/2019.

Con legge delega n. 117/2019 si è previsto l'obbligo in capo al legislatore di *«integrare le disposizioni di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 [...] prevedendo espressamente la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche anche per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea e che non sono già compresi nelle disposizioni del medesimo Decreto legislativo»*.

⁹ SS.UU. n. 10561 del 30.01.2014 (dep. 5.03.2014) con nota di T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*, in *Diritto penale contemporaneo*, del 12 marzo 2014.

Lo stesso testo normativo offrì, altresì, chiara indicazione delle fattispecie di reato considerate lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea, dichiarando che tale categoria debba essere individuata «*in conformità a quanto previsto dagli articoli 1, 2, 3, 4 e 5 della Direttiva (UE) 2017/1371*»¹⁰.

All'art. 2 co. 2 la Direttiva meglio nota con il nome P.I.F. ha affermato che «*la presente Direttiva si applica unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA. Ai fini della presente Direttiva, i reati contro il sistema comune dell'IVA sono considerati gravi qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale [...] siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di euro*».

Sulla scorta delle indicazioni fornite con legge delega n. 117/2019 il legislatore è intervenuto con il testo delle «*Disposizioni urgenti in materia fiscale*» meglio conosciuto come decreto legislativo n. 124/2019 convertito in legge n. 159/2019¹¹. Nel raccogliere le istanze di matrice europea il legislatore italiano ha, mediante l'art. 25-*quiquiesdecies*, introdotto un circoscritto numero di fattispecie tributarie al catalogo dei reati che, in base al decreto legislativo 231/2001, costituiscono presupposto alla responsabilità amministrativa degli enti.

L'iniziale previsione del decreto-legge, la quale prevedeva sanzioni amministrative a fronte della commissione del solo reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, ha visto allargarsi il numero dei reati presupposto in corso di esame alla Camera dei deputati¹².

Le fattispecie amministrative che, in ragione della recente introduzione legislativa, potranno essere contestate all'ente sono le seguenti:

- «*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti che determinano un passivo fittizio uguale o superiore a 100 mila euro*», ex art. 2 co. 1 del d.lgs. n. 74/2000;
- «*dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti che determinano un passivo fittizio inferiore a 100*

¹⁰ Art. 3, lett. a) della Legge delega n. 117 del 2019.

¹¹ Per un ampio esame dell'introduzione legislativa si veda A. PERINI, *Brevi note sui profili tributari del D.L. n. 124/2019*, in *Sistema Penale*, del 3.12.2019; S. FINOCCHIARO, *In vigore la "riforma fiscale cit.*

¹² Per un esame approfondito si veda il Dossier del 9.12.2019 in materia di Disposizioni urgenti in materia fiscale (approvato alla Camera dei deputati).

- mila euro*", art. 2 co. 2-bis, d.lgs. n. 74/2000 e introdotta con il medesimo d.l. 124/2019;
- “*dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*”, ex art. 3 del d.lgs. 74/2000;
 - “*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti per importi uguali o superiori a 100 mila euro*”, ex art. 8 co. 1 del l.lgs. 74/2000;
 - “*emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti per importi inferiori a 100 mila euro*”, così come previsto all’art. 8 co. 2-bis, d.lgs. 74/2000;
 - “*occultamento o distruzione di documenti contabili*”, disciplinato dall’art. 10, d.lgs. 74/2000;
 - “*sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*”, prevista e punita all’art. 11, d.lgs. 74/2000.

Ove dalla commissione dei delitti suddetti l’ente abbia conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria potrà essere aumentata di un terzo. In applicazione dell’art. 9 co. 2 del d.lgs. 231/2001, verranno, altresì, applicate le sanzioni interdittive di seguito emarginate.

Questa tipologia di istituto giuridico comporta una limitazione temporanea dell’esercizio di una facoltà o di un diritto, in tutto o in parte; alla base della loro applicazione vi è la volontà legislativa di un più efficace contrasto alle condotte illecite tenute nell’interesse o vantaggio dell’ente grazie alla loro portata inibitoria.

Le sanzioni interdittive hanno efficacia temporale limitata – non inferiore a tre mesi e non superiore a due anni – e possono essere applicate in via definitiva solo secondo quanto stabilito dall’art. 16 d.lgs. 231/2001.

Nell’ipotesi di integrazione delle fattispecie tributarie l’ente verrà colpito da:

1. divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio;
2. esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l’eventuale revoca di quelli già concessi;
3. divieto di pubblicizzare beni o servizi.

I criteri di scelta delle sanzioni interdittive sono disciplinati dall’art. 14 d.lgs. 231/2001 e coincidono con i principi di proporzionalità, idoneità e gradualità. Il primo di questi richiama i criteri previsti per le sanzioni pecuniarie, quindi il giudice chiamato a scegliere la sanzione interdittiva ope-

rerà una valutazione circa la gravità del fatto, del grado di responsabilità dell'ente, delle condotte riparatorie e riorganizzative dopo la commissione del reato.

Il principio dell'idoneità sottolinea come la sanzione interdittiva debba essere scelta in modo da prevenire il tipo di illecito commesso, consentendo anche un'applicazione congiunta di più sanzioni.

Terzo e ultimo, il principio di gradualità, il quale fissa la sanzione interdittiva massima, l'interdizione dall'esercizio dell'attività, che deve essere applicata dal giudice solo ove le altre risultino inadeguate.

I casi di non applicazione delle sanzioni interdittive sono disciplinati dall'art. 12 co. 1 d.lgs. 231/2001, che segnatamente prevede il fatto commesso nel prevalente interesse della persona fisica o la tenuità del danno patrimoniale; vengono, inoltre, fatte rientrare in questa categoria le condotte riparatorie disciplinate dall'art. 17 d.lgs. 231/2001, il quale afferma che *«ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, si verificano le seguenti condizioni:*

- a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose del reato, è stato adottato un modello organizzativo idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi;*
- b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;*
- c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca».*

L'art. 16 d.lgs. 231/2001 definisce quando la sanzione interdittiva vada applicata in via definitiva, questa misura maggiormente afflittiva potrà essere applicata qualora l'ente abbia tratto dal reato un profitto di un certo rilievo e sia già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività.

Il giudice, inoltre, potrà applicare all'ente in via definitiva la sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o del divieto di pubblicizzare beni o servizi, quando sia già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

Resta da ultimo il caso di impresa illecita, ossia quell'organizzazione che si prefiguri come unico scopo di consentire o agevolare la commissione di reati, dovrà essere sempre applicata l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

L'introduzione di tale forma di responsabilità incontrerà il rischio di sovrapposizione con le sanzioni amministrative già previste all'art. 7 del decreto-legge n. 269 del 2003 in presenza di fenomeni di evasione fiscale a carico di persone giuridiche¹³.

La possibile violazione del divieto di *ne bis in idem* sarà limitata alla fattispecie prevista e punita dall'art. 2 la cui sanzione pecuniaria potrà essere applicata fino a cinquecento quote, il giudice penale dovrà tenere conto della sanzione amministrativa potenzialmente già subita dall'ente e sulla base di ciò, applicare una sanzione *ex* 231 anche di importo inferiore alla soglia minima delle 100 quote.

Tra le prime riflessioni circa la potenziale violazione del divieto di *ne bis in idem* in materia di abusi di mercato sono state svolte all'indomani della pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014 n. 18640/2010, con la quale i giudici di Strasburgo affermarono che contrasta con l'art. 4 protocollo n. 7 integrativo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali la scelta operata da un ordinamento nazionale di sanzionare in sede penale e in sede amministrativa una medesima violazione.

5. Le concrete misure di prevenzione dei reati tributari per le persone giuridiche.

In ragione della recente introduzione le aziende saranno chiamate a dotarsi di adeguati modelli organizzativi che tengano conto delle fattispecie tributarie al ventaglio dei reati presupposto *ex* d.lgs. 231/2001, e che individuino reali strumenti di prevenzione alla commissione di questi ultimi¹⁴.

Notoriamente, la predisposizione di un modello 231 che tenga debitamente conto di tutte le aree di rischio commissione di reato da parte dell'ente deve necessariamente essere accompagnata dalla nomina di apposito organo di vigilanza endoaziendale dotato dell'imprescindibile carattere di indipendenza dallo stesso vertice amministrativo¹⁵.

¹³ C. SANTORIELLO, *La sentenza Ifil-Grande Stevens, la giurisprudenza comunitaria sul divieto di punire più volte la medesima condotta e le conseguenze sulla responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Rivista* 231, 2014, n. 4, p. 50.

¹⁴ Circa il tema della prevenzione mediante dotazione di apposita struttura organizzativa si veda G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino 2009.

¹⁵ Per un interessante studio di comparazione del tema fra vari ordinamenti si veda V.

Quest'ultimo dovrà essere dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo affinché possa realmente «*vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare il loro aggiornamento*»¹⁶.

La recente introduzione delle fattispecie tributarie al modello 231 richiederà, pertanto, la costruzione di un sistema di prevenzione efficace e capace di scongiurare la commissione.

Tale compito di manifesterà alquanto complicato in considerazione della circostanza che tutte le attività d'impresa medio grandi sono completamente impregnate da attività di acquisto di beni e servizi, nonché centri dai quali giungono all'impresa dati e informazioni per la fatturazione attiva.

Già al decreto legislativo n. 14 del 2019, meglio noto come “*Codice della crisi d'impresa*”, veniva prescritta l'adozione di un appropriato assetto amministrativo-contabile, orientato a rilevare eventuali crisi d'impresa a un numero di soggetti addirittura maggiore rispetto a coloro che si fossero dotati di un modello 231¹⁷. Appare chiaro che un sistema di tal genere, opportunamente dotato di funzioni gestionali e/o contabili ulteriori, possa rappresentare una valida misura per scongiurare la commissione dei reati tributari¹⁸.

Sotto il punto di vista del sistema di controllo, questo dovrà tenere conto di tutti i rischi operativi relativi alla potenziale commissione di tali reati presupposto, in modo da fornire una tempestiva segnalazione dell'insorgenza, nonché sussistenza di situazioni di criticità generale e particolare¹⁹.

In ragione del livello di complessità dell'organizzazione si renderanno opportuni diversi gradi di intervento:

- primo livello di controllo, il quale definisce e gestisce i controlli “di linea”, insiti nei processi operativi e i relativi rischi. Viene solitamente effettuato dalle risorse interne della struttura, sia in autocontrollo

MONGILLO, *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista trimestrale), n. 3/2018, p. 148-173.

¹⁶ Art. 6, co. 1, lett. b) del d.lgs. n. 231/2001.

¹⁷ Per un'analisi economica del tema si veda D. TEOBALDELLI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: una valutazione di carattere economico*, in A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di) *Il prezzo del reato. La pena in una prospettiva interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2010, p. 199 e ss.

¹⁸ P. BRACCIONI, *Modelli 231 e reati tributari: quali misure preventive?*, in rivista on-line *Diritto24*, *Ilsole24ore*, del 29 ottobre 2019.

¹⁹ Si veda F. SBISA (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/01)*, Wolters Kluwer, Milano 2017, p. 58 ss.

da parte dell'operatore che da parte del preposto-dirigente, in caso di aspetti propriamente specialistici può contemplare anche il ricorso ad altre risorse interne e/o esterne all'ente;

- secondo livello di controllo, eseguito da strutture tecniche aziendali competenti in materia e indipendenti da quelle previste al primo livello, nonché dal settore di lavoro soggetto a verifica. Tale specifico monitoraggio presidia il processo di gestione e controllo dei rischi correlati all'operatività del sistema, assicurando la coerenza di essi con gli obiettivi aziendali;
- nelle ipotesi di realtà aziendali medio-grandi e dotate di una maggiore struttura, un terzo livello di controllo viene svolto dalla funzione di *Internal Audit*²⁰, che fornisce valutazioni indipendenti sulla struttura e sul funzionamento del sistema di controllo²¹.

Così come previsto dalle Linee Guida di Confindustria, l'intero sistema suddetto dovrà, altresì, rispettare dei principi cardine del controllo, ossia «ogni operazione, transazione, azione deve essere: verificabile, documentata, coerente e congrua» e «nessuno può gestire in autonomia un intero processo».

Questo secondo principio implicherà che a nessun soggetto saranno assegnati poteri illimitati, andrà assicurata l'applicazione del principio di separazione delle funzioni, pertanto l'autorizzazione di un'operazione deve provenire da soggetto diverso rispetto a quello addetto alla contabilità, esegue operativamente o controlla l'operazione. Sarà, inoltre, necessario che i poteri e le responsabilità siano chiaramente definiti e conosciuti all'interno dell'ente, oltre a garantire la coerenza dei poteri autorizzativi e di firma con le responsabilità organizzative assegnate e l'adeguata documentazione degli stessi, così da renderne agevole la ricostruzione a posteriori.

Da ultimo, tra i principi di controllo enumerati da Confindustria si segnala l'obbligo a documentare i controlli eseguiti²².

²⁰ Organo o singolo soggetto deputato a verificare e migliorare le procedure interne all'azienda. Si assicura del corretto svolgimento delle pratiche amministrative e finanziarie (revisione contabile), controlla l'efficacia e l'efficienza nella gestione dei principali processi aziendali (es. *procurement*, ICT, HR, valutazione e gestione del rischio) e verifica il rispetto di leggi, regolamenti e normative applicabili.

²¹ Linee Guida di Confindustria, p. 36 ss.

²² Linee Guida di Confindustria, p. 44-45.

Nelle ipotesi di società particolarmente grandi il decreto legislativo n. 128 del 5 agosto 2015 ha previsto la possibilità di ingresso nel cd. regime di adempimento collaborativo, con il conseguente obbligo di rilevare, misurare e monitorare il rischio fiscale, inteso quale rischio di operare in violazione di norme di natura tributaria ovvero in contrasto con i principi o con le finalità dell'ordinamento tributario.

L'adesione al regime è subordinata al possesso dei requisiti di cui all'art. 4 del medesimo provvedimento, ossia:

«Il contribuente che aderisce al regime deve essere dotato, nel rispetto della sua autonomia di scelta delle soluzioni organizzative più adeguate per il perseguimento dei relativi obiettivi, di un efficace sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, inserito nel contesto del sistema di governo aziendale e di controllo interno. Fermo il fedele e tempestivo adempimento degli obblighi tributari, il sistema deve assicurare:

- a) una chiara attribuzione di ruoli e responsabilità ai diversi settori dell'organizzazione dei contribuenti in relazione ai rischi fiscali;*
- b) efficaci procedure di rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali il cui rispetto sia garantito a tutti i livelli aziendali;*
- c) efficaci procedure per rimediare ad eventuali carenze riscontrate nel suo funzionamento e attivare le necessarie azioni correttive.*

Il sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale prevede, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione per l'esame e le valutazioni conseguenti. La relazione illustra, per gli adempimenti tributari, le verifiche effettuate e i risultati emersi, le misure adottate per rimediare a eventuali carenze rilevate, nonché le attività pianificate».

La scelta di aderire al suddetto regime comporterà l'assunzione di doveri, così come previsti all'art. 5 e produrrà una serie di effetti di cui all'art. 6.

L'art. 5 dispone che *«Il regime comporta per l'Agenzia delle entrate i seguenti impegni:*

- a) valutazione trasparente, oggettiva e rispettosa dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità del sistema di controllo adottato, con eventuale proposta degli interventi ritenuti necessari ai fini dell'ammissione e della permanenza nel regime e per il conseguimento delle finalità di cui all'articolo 3, comma 1;*
- b) pubblicazione periodica sul proprio sito istituzionale dell'elenco aggiornato delle operazioni, strutture e schemi ritenuti di pianificazione fiscale aggressiva;*

- c) *promozione di relazioni con i contribuenti improntate a principi di trasparenza, collaborazione e correttezza nell'intento di favorire un contesto fiscale di certezza;*
- d) *realizzazione di specifiche semplificazioni degli adempimenti tributari, in conseguenza degli elementi informativi forniti dal contribuente nell'ambito del regime;*
- e) *esame preventivo delle situazioni suscettibili di generare rischi fiscali significativi e risposta alle richieste dei contribuenti nel più breve tempo possibile;*
- f) *debita considerazione degli esiti dell'esame e della valutazione effettuate dagli organi di gestione, sulla base della relazione di cui all'articolo 4, comma 2, delle risultanze delle attività dei soggetti incaricati, presso ciascun contribuente, della revisione contabile, nonché di quella dei loro colleghi sindacali e dei pareri degli organismi di vigilanza».*

Il regime comporta per i contribuenti i seguenti impegni:

- a) istituzione e mantenimento del sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, per garantire il conseguimento delle finalità di cui all'articolo 3, comma 1, nonché attuazione delle modifiche del sistema adottato eventualmente ritenute necessarie dalla Agenzia delle entrate;
- b) comportamento collaborativo e trasparente, mediante comunicazione tempestiva ed esauriente all'Agenzia delle entrate dei rischi di natura fiscale e, in particolare, delle operazioni che possono rientrare nella pianificazione fiscale aggressiva;
- c) risposta alle richieste della Agenzia delle entrate nel più breve tempo possibile;
- d) promozione di una cultura aziendale improntata a principi di onestà, correttezza e rispetto della normativa tributaria, assicurandone la completezza e l'affidabilità, nonché la conoscibilità a tutti i livelli aziendali.

La scelta di aderire a tale regime collaborativo produrrà svariati effetti, ex art. 6 d.lgs. 128/2015, quale la possibilità per i contribuenti di pervenire con l'Agenzia delle entrate a una comune valutazione delle situazioni suscettibili di generare rischi fiscali prima della presentazione delle dichiarazioni fiscali, attraverso forme di interlocuzione costante e preventiva su elementi di fatto, inclusa la possibilità dell'anticipazione del controllo.

L'adesione al regime comporta, altresì, per i contribuenti, una procedura abbreviata di interpello preventivo in merito all'applicazione delle dispo-

sizioni tributarie a casi concreti, in relazione ai quali l'interpellante ravvisa rischi fiscali. L'Agenzia delle entrate, entro quindici giorni dal ricevimento, verifica e conferma l'idoneità della domanda presentata, nonché la sufficienza e l'adeguatezza della documentazione prodotta con la domanda.

Il termine per la risposta all'interpello è in ogni caso di 45 giorni, decorrenti dal ricevimento della domanda ovvero della documentazione integrativa richiesta, anche se l'Agenzia delle entrate effettua accessi alle sedi dei contribuenti, definendone con loro i tempi, per assumervi elementi informativi utili per la risposta.

I contribuenti comunicano all'Agenzia il comportamento effettivamente tenuto, se difforme da quello oggetto della risposta da essa fornita. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro trenta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, sono disciplinati i termini e le modalità applicative dell'art. 6 in relazione alla procedura abbreviata di interpello preventivo.

Per i rischi di natura fiscale comunicati in modo tempestivo ed esauriente all'Agenzia delle entrate ai sensi dell'articolo 5, comma 2, lettera b), prima della presentazione delle dichiarazioni fiscali, se l'Agenzia non condivide la posizione dell'impresa, le sanzioni amministrative applicabili sono ridotte della metà e comunque non possono essere applicate in misura superiore al minimo edittale. La loro riscossione è in ogni caso sospesa fino alla definitività dell'accertamento.

In caso di denuncia per reati fiscali, l'Agenzia delle entrate comunica alla Procura della Repubblica se il contribuente abbia aderito al regime di adempimento collaborativo, fornendo, se richiesta, ogni utile informazione in ordine al controllo del rischio fiscale e all'attribuzione di ruoli e responsabilità previsti dal sistema adottato.

Il contribuente che aderisce al regime è inserito nel relativo elenco pubblicato sul sito istituzionale dell'Agenzia delle entrate. I contribuenti che aderiscono al regime non sono, da ultimo, tenuti a prestare garanzia per il pagamento dei rimborsi delle imposte, sia dirette sia indirette.

Il sistema creato grazie alla scelta di aderire al regime collaborativo potrebbe creare un virtuoso sistema di controllo del rischio fiscale, associando a un iniziale obbligo di adeguamento da parte dell'azienda tutta una serie di benefici nella prospettiva, maggiormente esplorata oltreoceano, di sistemi collaborativi tra privato e pubblico in un'ottica di maggiore efficienza di sistema, ma soprattutto, come nel caso di specie al fine di scongiurare il ricorso al sistema penale quale misura di prevenzione/contrasto alle violazioni in materia tributaria.

Come, infatti, sostenuto da taluno, tra le misure preventive da adottarsi a livello aziendale per la lotta a tali tipologie di reati si individua la creazione, al suo interno, di un presidio del rischio fiscale, che porta il medesimo nome dell'omologa figura prevista per gli istituti bancari, e che estrinseca la sua attività in un cd. *risk assessment*, ossia una valutazione preliminare delle attività e delle aree dell'impresa connotate da un maggiore rischio fiscale, al fine di dotarsi dall'interno o in *outsourcing* di figure professionali competenti a individuare e comprendere i processi nonché l'organizzazione interna, segnalarne eventuali debolezze e suggerire, altresì, idonee misure correttive²³.

Dall'altro lato sarà imprescindibile apportare un miglioramento sotto il punto di vista della *tax governance* dell'impresa, percorso che richiederà una conoscenza approfondita delle principali regole di governo societario nonché della materia tributaria.

²³ P. BRACCIONI, *Modelli 231 e reati tributari* cit.

JULIE ESQUENAZI¹

RETOUR SUR LE TRIBUNAL COMPÉTENT SUR L'INDEMNISATION
DES PASSAGERS EN CAS DE RETARD D'UN VOL
AVEC CORRESPONDANCE: QUELS ENSEIGNEMENTS
POUR LE FOR DU CONTRAT ?²

SOMMAIRE : 1. Introduction : présentation de l'affaire *Flightright*. – 2. Le for du contrat de transport aérien avec correspondance. – 2.1. Exposé de la solution de la Cour de justice. – 2.2. Une interprétation étonnante du for du contrat de transport aérien par correspondance. – 2.2.1. L'extension de la « matière contractuelle ». – 2.2.2. La détermination du lieu d'exécution du contrat de transport de personnes avec correspondance. – 3. Quelles perspectives pour le for du contrat ? – 3.1. Consécration d'un *forum actoris* dans les contrats de transport aérien ? – 3.2. Consécration d'un *forum actoris* en matière contractuelle ?

1. Introduction : présentation de l'affaire *Flightright*.

Le 7 mars 2018, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu un arrêt surprenant au regard de la définition de la « matière contractuelle » au sens du Règlement de Bruxelles I bis³. Il s'agit de l'arrêt connu sous l'appellation *Flightright* et qui joint en réalité trois affaires. Pour les besoins du présent article et afin de ne pas alourdir le propos, seuls les faits de la première affaire seront détaillés (Affaire C-274/16, *Flightright GmbH contre Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA*⁴).

¹ Doctorante à CY Cergy Paris Université. L'auteure prépare actuellement une thèse sous la direction de M. le Professeur Bollée et Mme la Professeuse Usunier.

² Cet article résulte d'une présentation aux Entretiens d'actualité de l'IREDIÉS de l'Université Paris I donnée le 6 février 2019, à l'invitation de M. Bassani. L'auteure tient à remercier M. Bassani pour son invitation ainsi que l'ensemble des participants qui ont contribué à enrichir la réflexion. L'auteure adresse également toute sa gratitude à Mme Pretelli, juriste à l'Institut suisse de droit comparé, pour les discussions et échanges de points de vue sur cet article.

³ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (« Règlement Bruxelles I bis » ci après).

⁴ CJUE, 7 mars 2018, Affaires jointes C-274/16 (*Flightright GmbH contre Air Nostrum*,

Deux passagers de nationalité allemande et résidant à Düsseldorf achètent auprès de la compagnie Air Berlin un billet Ibiza – Düsseldorf avec une correspondance à Palma de Majorque. Le premier vol (Ibiza – Palma de Majorque) était assuré par une compagnie espagnole, Air Nostrum, et le second (Palma de Majorque – Düsseldorf) était assuré par la compagnie aérienne Air Berlin avec laquelle les passagers avaient contracté. Bien que les vols ont été réalisés par des compagnies distinctes et des appareils distincts, les passagers avaient un numéro de réservation unique.

Or, le premier vol connaît un retard et les passagers en question manquent la correspondance à Palma de Majorque. Ils arriveront finalement à Düsseldorf le jour suivant par rapport au délai contractuel, avec un retard de plus de 12 heures. Les passagers ont par la suite cédé leur créance à une société allemande, Flightright, dont le siège social se situe à Potsdam. Cette dernière est à l'origine de l'action devant le tribunal de district de Düsseldorf à l'encontre de la compagnie Air Nostrum responsable du retard.

En effet, conformément au droit de l'Union européenne – et notamment le Règlement n° 261/2004⁵ – les passagers victimes d'un vol ont droit non seulement à l'assistance du transporteur aérien mais également à des forfaits d'indemnisation qui sont fonction de la distance du trajet. En l'espèce, la question de l'indemnisation au fond dépend de quelle distance sera prise en considération. Toutefois, ce n'est pas la question qui nous intéresse ici. L'arrêt de la Cour porte sur la compétence internationale des juridictions allemandes pour statuer sur la demande. Dans la mesure où le Règlement n° 261/2004 ne prévoit pas de règles relatives à la compétence internationale

Líneas Aéreas del Mediterráneo SA), C-447/16 (*Roland Becker contre Hainan Airlines Co. Ltd*) et C-448/16 (*Mohamed Barkan, Souad Asbai, Assia Barkan, Zakaria Barkan, Nousaiba Barkan contre Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo SA*). Sur cette affaire, voir notamment : D. 2018, p. 1366, note P. Dupond et G. Poissonier et p. 1934, obs. S. Bollée ; *RTD Com.* 2018, p. 518, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; *RTDE* 2019, p. 165, note L. Grard ; B. HAFTEL, *Revirement et extension du champ de la « matière contractuelle » dans les relations à trois personnes*, in *Revue des Contrats* 2019, p. 85.

⁵ Règlement (CE) n° 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) n° 295/91.

L'article 7.1 prévoit un droit à indemnisation qui est fonction de la distance du vol : l'indemnisation est ainsi de 250 euros pour tous les vols dont la distance est inférieure à 1 500 kilomètres, de 400 euros pour les vols intra-communautaires dont la distance est supérieure à 1 500 kilomètres ou ceux dont la distance est comprise entre 1 500 et 3 500 kilomètres, et de 600 euros pour tous les autres vols.

des juridictions, la Cour de justice estime qu'en cette hypothèse, ce sont les règles issues du système de Bruxelles qui s'appliquent⁶.

Pour la Cour, le lieu d'exécution de la prestation de transport d'un vol avec correspondance se situe tant au départ qu'à l'arrivée du vol, ce qui peut paraître surprenant (2). Cette solution qui s'inscrit dans le contexte du *forum contractus* aboutit en pratique à la désignation d'un tribunal dans l'Etat du domicile du demandeur, ce qui se justifie en matière de contrats de consommation, mais non en matière contractuelle (3).

2. Le for du contrat de transport aérien avec correspondance.

La solution de la Cour de justice aboutit à consacrer la compétence des juridictions allemandes (2.1). Cette solution peut surprendre à deux points de vue : d'une part, elle étend la « matière contractuelle » et permet que le *forum contractus* puisse être invoqué contre un tiers à ce contrat et d'autre part, elle interprète libéralement le lieu de la prestation de service (2.2).

2.1. Exposé de la solution de la Cour de justice.

La première question posée à la Cour était de savoir si l'action de la société Flightright contre Air Nostrum pouvait être qualifiée de « contractuelle ». En effet, la demanderesse concluait à l'incompétence des juridictions allemandes saisies au profit des juridictions espagnoles de son domicile. Notons d'emblée qu'il n'existe aucun contrat entre les passagers (dont Flightright est l'ayant-droit) et Air Nostrum. Des relations contractuelles existent d'une part entre Air Berlin et les passagers et d'autre part entre Air Berlin et Air Nostrum. La Cour considère néanmoins que l'action est de nature contractuelle au sens du Règlement Bruxelles I bis dans la mesure où elle trouve sa source « dans un contrat dont l'inexécution est invoquée à l'appui de l'action du demandeur »⁷.

⁶ CJUE, 9 juillet 2009, *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, Aff. C-204/08, § 28. Sur cette affaire, voir notamment : A. TENENBAUM, *Droit européen des contrats (UE-CEDH). Le règlement des difficultés rencontrées par les passagers de transport aérien en cas de transport transcommunautaire : solutions judiciaires et extrajudiciaires*, in *Revue des contrats* 2010, p. 206-213 ; PH. DELEBECQUE, *Arrêt Rehder. La détermination du juge compétent en cas d'indemnisation des passagers des transports aériens dans l'Union européenne*, in *Revue européenne de droit de la consommation* 2010, p. 345-349.

⁷ Arrêt *Flightright* précité, § 59.

Le contrat en cause est un contrat de transport de personnes défini comme un contrat de fourniture de services⁸. Ainsi le tribunal compétent est celui du « lieu d'un État membre où, « en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ». S'agissant d'un vol, la Cour de justice a déjà eu l'occasion dans l'arrêt *Rehder* d'indiquer que les lieux de départ et de destination de l'avion sont considérés, au même titre, comme « les lieux de fourniture principale des services faisant l'objet du contrat de transport »⁹. Il s'agissait alors d'un vol direct et la Cour avait précisé dans un *obiter dictum* que les lieux de départ et d'arrivée étaient ceux « convenus dans le contrat de transport »¹⁰.

Dans l'affaire *Flightright*, la problématique était différente dans la mesure où il s'agissait d'un vol avec correspondance. En substance, la question posée à la Cour est de savoir si le tribunal de Düsseldorf, lieu de la destination finale d'un vol avec correspondance est compétent pour statuer sur une demande d'indemnisation en raison d'un retard sur le premier vol Ibiza – Palma de Majorque opéré par une compagnie qui n'est pas le co-contratant du passager demandeur à l'action (ou son ayant-droit). Dans une formulation plus familière à la Cour, il s'agit donc de savoir si, dans un vol avec correspondance, le lieu d'arrivée du second vol peut s'entendre du « lieu d'exécution » du contrat de transport lorsque les deux vols sont effectués par des transporteurs aériens distincts et que le recours en indemnisation est fondé sur un retard ayant eu lieu lors du premier vol à l'encontre de la compagnie l'ayant réalisé (« le transporteur aérien effectif ») alors même qu'elle n'est pas le cocontractant des passagers.

La Cour de justice répond par l'affirmative et confirme ainsi la compétence de la juridiction allemande pour un litige entre une société allemande et une société espagnole au sujet du retard dans l'exécution d'un contrat de transport interne en Espagne.

2.2. Une interprétation étonnante du for du contrat de transport aérien par correspondance.

Si le résultat obtenu – à savoir la compétence des tribunaux du lieu de la destination finale d'un vol avec correspondance – peut paraître satisfai-

⁸ Arrêt *Rehder* précité.

⁹ Arrêt *Rehder* précité, §§ 40-43.

¹⁰ Arrêt *Rehder* précité, § 41.

sant¹¹, le raisonnement suivi en revanche tord le cou à deux concepts essentiels du droit de la compétence internationale en matière contractuelle : la « matière contractuelle » et le « lieu d'exécution de la prestation » s'agissant d'un contrat de fourniture de service.

2.2.1. L'extension de la « matière contractuelle ».

Traditionnellement, la Cour de justice définit de façon autonome la matière contractuelle¹² comme un « engagement librement assumé d'une partie envers une autre »¹³. Dans le célèbre arrêt *Jakob Handte*, elle a ainsi exclu de la « matière contractuelle » l'action directe du sous-acquéreur contre le fabricant d'une marchandise achetée auprès d'un vendeur intermédiaire. En effet, selon la Cour, « il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant, celui-ci n'ayant assumé aucune obligation de nature contractuelle envers le sous-acquéreur »¹⁴. La Cour avait ajouté

¹¹ Voir notamment : D. 2018, p. 1366, note P. Dupond et G. Poissonier précitée.

¹² En raison des différences notables entre les différents Etats membres au sujet de la définition de ce qui est ou non un contrat, la Cour de justice a très tôt adopté une interprétation autonome de la « matière contractuelle ». Voir : CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, Aff. C-34/82, *Rec.*, p. 968 ; JDI 1983, p. 834, note A. Huet ; RCDIP 1983, p. 663, note H. Gaudemet-Tallon.

Pour une étude approfondie de la « matière contractuelle », voir notamment : B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé ; Etudes dans le domaine des conflits de lois*, Thèse, Paris II (dir. D. Bureau), 2008 ; J.-S. QUEGUINER, *Qualification et détermination de la compétence spéciale. L'exemple de la matière contractuelle*, Thèse, Lyon III (dir. C. Nourissat), 2012.

¹³ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, Aff. C-26/91, §15. Sur cette affaire, voir notamment : RCDIP 1992, p. 730, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. Trim. Dr. européen* 1992, p. 712-727, note P. De Vareilles-Sommières ; JCP 1992 II.21927, note Ch. Larroumet ; P. JOURDAIN, *Les actions contractuelles directes en responsabilité et l'application des règles de compétence internationale*, in JCP E, 1992.II, p. 363 ; F. LECLERC, *Les chaînes de contrats en droit international privé*, in JDI 1995, p. 267-320 ; T. HARTLEY, *Unnecessary Europeanisation under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention : the Case of the Dissatisfied Sub-Purchaser*, in *European Law Review* 1993, p. 506-516 ; J. BAUERREIS, *Le rôle de l'action directe contractuelle dans les chaînes internationales de contrats. Le rétablissement de l'équilibre pécuniaire entre les maillons extrêmes d'une chaîne de contrats : l'action directe contractuelle exercée par le sous-acquéreur à l'encontre du vendeur initial de la chose non-conforme. La Convention de Bruxelles de 27 septembre 1968 et la désignation du tribunal internationalement compétent*, in RCDIP 2000, p. 341.

Voir également CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne*, Aff. C-51/97, § 17.

¹⁴ Arrêt *Jakob Handte* précité, § 16.

que l'objectif de prévisibilité et de protection du défendeur confortait cette conclusion¹⁵. Elle avait ainsi exclu de la matière contractuelle les relations triangulaires lorsque les parties au procès ne coïncidaient pas avec les parties au contrat¹⁶.

Récemment, la jurisprudence de la Cour a évolué sur cette question et la décision *Flightright* s'inscrit dans un mouvement d'extension de la matière contractuelle. Dans un arrêt *Saale Kareda*, la Cour a admis que l'action récursoire d'un débiteur d'un emprunt solidairement contracté à l'encontre du co-débiteur est de nature contractuelle nonobstant l'absence de contrat entre eux¹⁷. La Cour considère qu'une action entre dans la matière contractuelle lorsque les obligations litigieuses « trouvent leur source dans le contrat dont l'inexécution est invoquée à l'appui de l'action du demandeur »¹⁸. C'est donc la source de l'obligation invoquée qui donne la frontière de la matière contractuelle et non pas l'existence de relations contractuelles entre les parties. Dans l'affaire *Flightright*, il n'existait pas de contrat entre les parties au litige : la compagnie espagnole Air Nostrum et les passagers ; ces derniers ayant acheté leurs billets auprès de la compagnie allemande Air Berlin. Ce n'est que par un détour par la définition du transporteur aérien effectif dans le Règlement n° 261/2004 que la Cour de justice assimile les deux compagnies aériennes dès lors que la compagnie aérienne Air Nostrum a agi « au nom » de la compagnie co-contractante Air Berlin¹⁹. Or, s'il est certain qu'il y eu une obligation « librement consentie », ce n'est pas entre les parties au litige.

¹⁵ Arrêt *Jakob Handte* précité, §§ 18-19.

¹⁶ Voir en matière de chaîne de contrats : CJCE, 27 octobre 1998, *La Réunion européenne*, Aff. C-51/97, § 17 ; RCDIP 1999, p. 322, note H. Gaudement-Tallon ; JDI 1999, p. 625, note F. Leclerc ; *Europe* 1998, n° 12, n° 420, note L. Idot. Voir également en matière d'ensembles contractuels : CJUE, 28 janvier 2015, *Kolassa*, Aff. C-375/13 ; D. 2015, p. 770, note L. D'Avout ; RCDIP 2015, p. 921, note O. Boskovic ; *Revue des Contrats* 2015, p. 547, note B. Haftel.

¹⁷ CJUE, 15 juil. 2017, *Saale Kareda*, Aff. C-249/16 ; C. NOURISSAT, *Action récursoire entre codébiteurs d'un contrat de crédit*, in *Procédures* 2017, n° 8-9, p. 17 ; L. IDOT, *Matière contractuelle et action récursoire*, in *Europe* n° 334, 2017, p. 43-44 ; L. PAILLER, *Coopération judiciaire en matière civile et commerciale*, in JDI, 2018, p. 592-601.

¹⁸ CJUE, 17 juil. 2017, Arrêt *Saale Kareda* précité, § 30.

¹⁹ L'article 2.1 du Règlement n° 261/2004 définit le « transporteur aérien effectif » comme « un transporteur aérien qui réalise ou a l'intention de réaliser un vol dans le cadre d'un contrat conclu avec un passager, ou au nom d'une autre personne, morale ou physique, qui a conclu un contrat avec ce passager » (nous soulignons). Voir les §§ 60-64 de l'arrêt *Flightright*.

Ce mouvement expansionniste de la matière contractuelle s'est d'ailleurs poursuivi dans d'autres domaines, rendant impossible toute tentative de circonscription des solutions de l'arrêt au seul domaine des contrats de transports aériens de personnes avec correspondance. Dans l'affaire *Feniks*, dont l'arrêt a été rendu le 4 octobre 2018, la Cour intègre dans la « matière contractuelle » l'action paulienne exercée par un créancier à l'encontre du tiers²⁰. Dans deux affaires postérieures, c'est au tour des actions relatives au recouvrement de charges de copropriété (découlant de décisions prises à l'assemblée générale des copropriétaires) qui intègrent à leur tour la « matière contractuelle »²¹. Dans l'arrêt *Kerr*, la Cour a clarifié, si tant est qu'il en était besoin que « la conclusion d'un contrat ne constitue pas une condition d'application de [l'article 7.1 du Règlement Bruxelles I bis] »²². Tout récemment, la jurisprudence de la Cour de justice s'est étoffée d'un arrêt supplémentaire en matière d'actions en recouvrement de cotisations d'un ordre d'avocats contre l'un de ses membres. Celles-ci sont de nature contractuelle dès lors que les cotisations au fondement de l'obligation litigieuse caractérisent des contreparties à des obligations librement consenties²³. Or, une telle défini-

²⁰ CJUE, 4 octobre 2018, *Feniks sp. z o.o. c. Azteca Products & Services SL*, Aff. C-337/17, § 43 : « par cette action [paulienne], le créancier vise à faire constater que la cession, par le débiteur, d'actifs à un tiers a eu lieu au détriment des droits du créancier issus de la force obligatoire du contrat et qui correspondent aux obligations librement consenties par son débiteur. La cause de cette action se situe ainsi, essentiellement, dans la méconnaissance des obligations que le débiteur a consenties à l'égard du créancier ».

Sur cette affaire, voir notamment : F. JAULT-SESEKE, *L'action paulienne est de nature contractuelle, qualification de circonstance ou évolution de la notion de la matière contractuelle ?*, D. 2019, p. 516, et 1016 ; C. NOURISSAT, obs, *AJ contrat* 2018, p. 537 ; M. POESEN, *Once more unto the Breach : the Actio Pauliana is a Matter Relating to a Contract in EU Private International Law*, in *ERCL* Vol. 15(1), 2019, p. 58-65 ; A. MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, *For alternatif contractuel. Action paulienne. Article 7, point 1 sous a*, *RTD Com.* 2019, p. 256.

Pour une analyse différente, voir I. PRETELLI, *La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en « matière contractuelle » dans le règlement Bruxelles I - A propos de l'arrêt Feniks* (CJUE 4 octobre 2018, *Feniks Sp. z o.o. c. Azteca Products & Services SL* ; Aff. C-337/17), in *RCDIP*, 2020, p. 1. Pour l'auteure, la Cour de justice a évité de faire référence aux parties de la procédure y compris dans l'affaire *Jacob Handte*.

²¹ CJUE, 19 novembre 2019, *Ina-Industrija Nafta d.d. e.a.*, Aff. C-200/19 (Ord.) ; CJUE, 8 mai 2019, *Kerr*, Aff. C-25/18, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *Notion de matière contractuelle. Article 7 point 1 sous a* du règlement (UE) n° 1215-2012, in *RTD Com.* 2019, p. 789.

²² CJUE, arrêt *Kerr* précité, § 23.

²³ CJUE, 5 décembre 2019, *Ordre des avocats du Barreau de Dinan*, Aff. C-421/18.

tion est susceptible de s'appliquer dans d'autres domaines. Ainsi en va-t-il en droit français de l'action délictuelle d'un tiers à un contrat ayant subi un préjudice du fait d'une inexécution contractuelle du défendeur²⁴. Très récemment, le 13 janvier 2020, la Cour de cassation française a confirmé que « [l]e manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage » et justifie ainsi le versement de dommages et intérêts dès lors qu'il existe un lien de causalité entre l'inexécution contractuelle et le préjudice subi par le tiers²⁵. A reprendre la définition de la matière contractuelle au regard de la cause de l'action, il est probable que ce cas de figure entre dans le champ de l'article 7.1 du Règlement.

Ces affaires affichent un net changement de paradigme par rapport à la définition traditionnelle. En effet, si la Cour prétend s'inscrire dans la lignée de sa jurisprudence antérieure, elle abandonne tout à fait le critère personnaliste caractéristique de l'arrêt *Jacok Handte*²⁶. Suivant en cela son avocat général Michal Bobek, la Cour définit la « matière contractuelle » non pas au regard des parties au litige mais au regard de la « cause de l'action ». Dans les termes de la Cour, la détermination de la matière contractuelle « n'exige pas la conclusion d'un contrat entre deux personnes, [mais] présuppose, néanmoins, l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur lequel se fonde l'action du demandeur »²⁷. En l'espèce, ces conditions sont remplies dès lors que (i) le transporteur aérien a agi au nom de la personne qui a conclu le contrat avec le passager (celui-ci devant alors être considéré comme « remplissant des obligations librement consenties à l'égard du cocontractant des passagers concernés ») et (ii) l'action du demandeur « [trouve] sa source dans le contrat de transport aérien »²⁸.

Une telle extension n'ira pas sans difficulté. Des zones d'ombres subsistent et notamment dans l'hypothèse de l'existence d'une clause d'élection de for. Dans la mesure où la Cour de justice ne prend en considération que l'obligation qui constitue la cause de l'action du demandeur, comment apprécier la valeur d'une éventuelle clause d'élection de for contenue

²⁴ Ass. Plén., 6 octobre 2006, *Boot shop*, n° 05-13.255.

²⁵ Ass. Plén. 13 janvier 2020, n° 17-19.963.

²⁶ En ce sens : B. Haftel, note sous les arrêts *Flightright* et *Feniks* précitée.

²⁷ Arrêt *Flightright* précité, §§ 60-61. Voir également les conclusions générales sous l'Arrêt *Flightright*, du 19 octobre 2017, § 54.

²⁸ Arrêt *Flightright* précité, §§ 63-64.

dans le contrat auquel le défendeur serait partie ? La solution n'est pas évidente dans l'hypothèse inverse, à savoir une clause d'élection de for dans le contrat cause de l'action du demandeur. De façon plus générale, la question de l'opposabilité du contrat se pose également, dans la mesure où l'une des parties est tiers à celui-ci, s'agissant des clauses limitatives de responsabilité. Le contentieux lié à la matière contractuelle ne risque pas de s'épuiser.

2.2.2. La détermination du lieu d'exécution du contrat de transport de personnes avec correspondance.

Une fois l'applicabilité de la règle de compétence spéciale établie, il restait à déterminer le tribunal compétent. Le contrat de transport aérien de personne étant un contrat de fourniture de services²⁹, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, et s'agissant d'un contrat de fourniture de services, lieu où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis »³⁰. En l'espèce, le contrat en cause est, d'après la Cour, « le contrat de transport aérien », soit le contrat prévoyant un transport d'Ibiza à Düsseldorf, étant entendu que cette obligation contractuelle se subdivise en réalité en deux : d'une part l'obligation de transport entre Ibiza et Palma de Majorque et d'autre part entre Palma de Majorque et Düsseldorf. Or l'obligation litigieuse réside dans le retard du vol opéré entre Ibiza et Palma de Majorque. La Cour de justice semble admettre ainsi que l'opération de transport de Ibiza à Palma de Majorque constitue un service dont l'un des lieux de fourniture principale se trouve à Düsseldorf³¹. La Cour fonde sa solution dans l'interprétation du « lieu d'exécution » formulée dans l'arrêt *Rebder*. Cette solution dégagée en matière de vol direct s'applique « mutatis mutandis » aux vols avec correspondance³². Or quelques explications auraient sur ce point été bienvenues. Le seul point de comparaison, nous semble-t-il, réside dans l'existence d'un numéro de réservation unique. Ainsi, dès lors que « le transporteur aérien », nous dit la Cour (sans préciser s'il s'agit du transporteur aérien effectif ou contractuel), a l'obligation « de

²⁹ Voir *supra*, note n° 8.

³⁰ Conformément à l'article 7.1(b), 2^{ème} tiret, du Règlement Bruxelles I bis.

³¹ Arrêt *Flightright* précité, § 71.

³² Arrêt *Flightright* précité, § 69.

transporter un passager d'un point A à un point C », « une telle opération de transport constitue un service dont l'un des lieux de fourniture principale se trouve au point C ». En réalité, la Cour de justice ne tient pas compte du contrat conclu entre les compagnies aériennes. Seule l'obligation contractuelle consentie à l'égard du passager importe.

Les passagers d'un vol avec correspondance disposent donc de trois options de compétence : la compétence générale du *forum rei*, la compétence du tribunal du lieu de départ et la compétence du tribunal du lieu d'arrivée³³. Or, cette solution, si elle trouve sa justification en matière de vol direct dans le lien étroit qui existe entre l'obligation litigieuse et le for saisi, peine à convaincre en l'espèce.

Le for du contrat, compétence spéciale qui déroge à l'objectif de protection juridictionnelle du défendeur, répond, aux termes de la Cour de justice, à un impératif de proximité entre le for saisi et le litige³⁴. Traditionnellement, ce sont des justifications en termes de bonne administration de la justice, et notamment en termes de proximité avec les éléments probatoires du litige, qui permettent de justifier la compétence du tribunal dans le ressort duquel le contrat a été exécuté. C'est d'ailleurs cet objectif de proximité qui expliquait, sous l'empire de la Convention de Bruxelles, la seule référence à l'obligation qui sert de base à la demande. Or, en l'espèce, contrairement aux affirmations de la Cour³⁵, force est de constater qu'il n'existe pas de proximité entre le tribunal allemand et les éléments probatoires permettant éventuellement au transporteur aérien de s'exonérer de sa responsabilité (on peut penser à des éléments météorologiques ou de conditions de travail par exemple). Ce n'est donc pas l'objectif de proximité qui permet dans l'affaire *Flightright* de justifier la solution de la Cour.

³³ La question de la compétence éventuelle des tribunaux dans le ressort desquels l'avion effectuerait une escale ne s'est pas posée dans cette affaire. Toutefois, dans l'arrêt *Rehder*, la Cour de justice avait exclu la compétence des tribunaux des lieux d'escale dans la mesure où ils « ne présentent pas non plus un lien suffisant avec l'essentiel des services résultant dudit contrat » (§ 40). Toutefois, cette conclusion ne paraît pas s'imposer dans l'absolu dans la mesure où il s'agissait en l'espèce d'un vol direct.

³⁴ Voir notamment : H. GAUDEMET-TALLON, M.-E. ANCEL, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2018, n° 180.

³⁵ Arrêt *Flightright* précité, § 74 : « ce lieu [Düsseldorf] présente un lien suffisamment étroit avec les éléments matériels du litige et, partant, assure le rattachement étroit, voulu par les règles de compétence spéciale énoncées à l'article 5, point 1, du règlement n° 44/2001 et à l'article 7, point 1, du règlement n° 1215/2012, entre le contrat de transport aérien et la juridiction compétente, il satisfait à l'objectif de proximité ».

3. Quelles perspectives pour le for du contrat ?

3.1. Consécration d'un *forum actoris* dans les contrats de transport aérien ?

Le *forum actoris* est le tribunal dans le ressort duquel le demandeur a son domicile. Il est traditionnellement exclu au profit du for du défendeur mais demeure néanmoins admis dans certaines matières en droit de l'Union européenne, notamment lorsqu'il s'agit de protéger le droit d'accès à la justice de parties réputées faibles³⁶. Le Règlement de Bruxelles I bis permet ainsi aux consommateurs de saisir le tribunal de leur domicile dans un litige l'opposant à un professionnel³⁷. Des règles protectrices existent également en matière de droit du travail et de droit des assurances³⁸.

La consécration éventuelle d'un *forum actoris* résulte de l'interprétation du lieu de fourniture de services. A cet égard, l'arrêt *Flightright* s'inscrit dans une perspective de faveur aux passagers en leur permettant de saisir – sinon le tribunal de leur domicile³⁹ – du moins un tribunal dans l'Etat de leur domicile⁴⁰. La Cour de justice considère que tant le lieu de départ que celui d'arrivée constituent le lieu de fourniture du service⁴¹. Les passagers

³⁶ En ce sens, voir L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Préf. H. Muir-Watt, Economica, 2008.

³⁷ L'article 18.1 du Règlement Bruxelles I bis dispose : « L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié ».

³⁸ En matière de contrat de travail, l'article 21.1 du Règlement Bruxelles I bis prévoit en faveur du salarié demandeur une option entre le tribunal dans le ressort duquel l'employeur a son domicile, le tribunal dans le ressort duquel le salarié exécute habituellement son travail ou, s'il n'accomplit pas habituellement son travail dans un même Etat, dans le tribunal dans le ressort duquel le contrat de travail a été conclu.

En matière d'assurances, l'article 11.1 du Règlement Bruxelles I bis prévoit que l'assureur peut être attiré, outre le tribunal dans le ressort duquel il a son domicile, devant le tribunal dans le ressort duquel le demandeur a son domicile si le demandeur est l'assuré, le preneur d'assurance ou le bénéficiaire ou s'il s'agit d'un co-assureur, devant la juridiction d'un Etat membre saisie de l'action formée contre l'apérteur de la coassurance.

³⁹ Civ. 1^{ère}, 22 février 2017, n° 15-27.809. Dans cette affaire, la Cour de cassation a rappelé que les actions introduites sur le fondement du Règlement n° 261/2004 ne peuvent pas être portées devant le tribunal du domicile du passager dans la mesure où l'article 17.3 du Règlement Bruxelles I bis exclut des contrats de consommation les contrats de vols « secs » (c'est à dire sans hébergement).

⁴⁰ En ce sens, voir la note de L. Grard sous l'arrêt *Flightright*, précitée (note 4).

⁴¹ Arrêt *Rehder* précité. Notons ici que la Cour aboutit à la même conclusion en matière

qui intentent une action en indemnisation ont donc une option entre « la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le lieu de départ ou le lieu d'arrivée de l'avion, tels que ces lieux sont convenus dans ce contrat de transport »⁴². Depuis la décision dans l'affaire *Flightright*, nous savons que le fait que le vol se décompose en deux vols n'a aucune incidence. L'analyse de la jurisprudence de la Cour au regard du Règlement n° 261/2004 montre en réalité une faveur aux passagers qui cherchent à obtenir une indemnisation pour les désagréments subis aux termes des retards ou des annulations de vols. Dans un arrêt de 2013, la Cour avait défini ainsi le préjudice comme « la perte de temps irréversible qui constitue le désagrément déclenchant le droit à indemnisation [et qui] se matérialise à l'arrivée du passager concerné à sa destination finale »⁴³.

Sur le plan de la compétence juridictionnelle, cette faveur se traduit par la possibilité pour les passagers d'un vol « sec » de saisir un tribunal qui leur est proche. En pratique en effet, dans l'immense majorité des cas, leur domicile se situe à proximité soit du lieu de départ soit du lieu d'arrivée du vol. Cette solution aboutit à la consécration du *forum actoris*.

Or, cette solution s'inscrit dans le contexte de l'article 7.1 du Règlement Bruxelles I bis et non pas dans celui de l'article 17 relatif aux consommateurs. En effet, ce dernier exclut explicitement du domaine de la protection juridictionnelle des consommateurs les contrats de transports aériens autres que ceux qui combinent un voyage et un hébergement⁴⁴. L'interprétation par la Cour de l'article 7.1 du Règlement Bruxelles I bis permet de détourner l'exclusion explicite des rédacteurs du Règlement lorsqu'est en cause un contrat de transport aérien « sec ». Il semblerait dès lors plus logique de réintégrer ces contrats dans les contrats de consommation afin de limiter la portée de ces décisions aux contrats conclus par des consommateurs. En effet, cette consécration du *forum actoris* dans le contexte du for du contrat est d'autant plus

de transport de marchandises avec différentes étapes dans différents Etats membres : CJUE, 11 juillet 2018, *Zurich Insurance plc, Metso Minerals Oy contre Abnormal Load Services (International) Ltd*, Aff. C-88/17 ; L. IDOT, *La Cour étend la jurisprudence Rehder au contrat de transport de marchandises*, in *Europe*, 2018 Comm. n° 10, p. 63.

⁴² Arrêt *Rehder* précité. Voir, pour une application récente : CJUE, 7 novembre 2019, *Guaïtoli et autres c. EsayJet*, Aff. C-213/18, § 42.

⁴³ CJCE, 26 février 2013, *Wegener c. Royal Air Maroc*, Aff. C-537/17, § 16.

⁴⁴ L'article 17.3 du Règlement de Bruxelles I Bis dispose : « La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement ».

préoccupante que la matière contractuelle a été élargie. Dès lors, l'objectif de prévisibilité et de protection du défendeur risque d'être mis à mal.

Supprimer l'alinéa 3 de l'article 17 du Règlement Bruxelles I bis présenterait l'avantage de la clarté mais ne saurait effacer l'ensemble des difficultés. En effet, les règles de compétence protectrices d'une partie faible se justifient au regard de la qualité des parties. Ces litiges se caractérisent en effet par un déséquilibre structurel entre elles, ce qui explique la mise en place de règles protectrices plus favorables que les règles générales⁴⁵. Or dans la présente affaire, ce ne sont pas les passagers mais une société (un professionnel) subrogée dans leurs droits qui était à l'origine de l'action. La question de l'application des règles protectrices d'une partie faible à une société subrogée dans les droits du consommateur demeure ouverte. Cette question n'est pas tranchée par la Cour de justice. Dans un arrêt *KABEG c. MMA* rendu en matière d'assurances, la Cour avait indiqué qu'un employeur subrogé dans les droits de son employé pouvait bénéficier des règles de compétence protectrices de l'assuré et attirer l'assureur au tribunal de son propre domicile⁴⁶. En revanche, la Cour a refusé le bénéfice du *forum actoris* à une personne physique, subrogée dans les droits de l'assuré, dès lors que son activité professionnelle consiste dans le recouvrement des créances d'indemnisation auprès d'assureurs⁴⁷.

3.2. Consécration d'un *forum actoris* en matière contractuelle ?

Dès lors que l'arrêt *Flightright* est rendu dans le contexte du for du contrat, on voit mal pourquoi ses conclusions se limiteraient au seul contrat de transport aérien. Se pose alors la question des implications de l'extension du « lieu de fourniture des services » au regard du for du contrat ; et ce d'autant plus que la « matière contractuelle » a elle-même fait l'objet d'une forte extension⁴⁸.

⁴⁵ Voir notamment : CJCE, 17 septembre 2009, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, Aff. C-347/08, § 40.

⁴⁶ CJUE, 20 juillet 2017, *Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft - KABEG c. MMA*, Aff. C-340/16, §§35-36 ; C. NOURISSAT, *Action de l'employeur subrogé dans les droits de la victime contre l'assureur*, in *Procédures* n° 10, 2017, p. 15.

⁴⁷ CJUE, 31 janvier 2018, *Pawel Hofsoe*, Aff. C-106/17 ; C. NOURISSAT, *Un cessionnaire professionnel de créance ne peut prétendre au bénéfice du forum actoris instauré en matière d'assurance*, in *Procédures* n° 4, 2018, p. 18.

⁴⁸ Voir *supra*, point. 2.1.1.

L'analyse de la jurisprudence expansionniste de la matière contractuelle montre que l'interprétation du « lieu d'exécution » du contrat aboutit quasi systématiquement à la désignation du *forum actoris*⁴⁹. Ainsi, dans l'arrêt *Saale Kareda*, le demandeur, M. Benko, ressortissant autrichien et domicilié en Autriche, avait contracté avec son ancienne compagne Mme Kareda, ressortissante estonienne, un emprunt pour l'achat de leur logement principal en Autriche. Après quatre années de vie commune, celle-ci rentre en Estonie, sans honorer les remboursements. M. Benko l'a alors assigné en réparation devant les tribunaux autrichiens. Ayant admis que l'action est de nature contractuelle⁵⁰, la Cour de justice qualifie le contrat de prêt en cause comme un contrat de fourniture de services et conclut que « le juge compétent pour connaître d'une telle action est celui du lieu de l'État membre où se situe le siège de cet établissement de crédit, en tant que lieu d'exécution de l'obligation servant de base à une telle action récursoire », soit en l'espèce en Autriche, au domicile du demandeur⁵¹.

De même, dans l'affaire *Feniks*, rendue en matière d'action paulienne, le contrat litigieux, un contrat de travaux de construction (qualifié de contrat de prestation de services) avait été conclu par deux sociétés polonaises : *Feniks* et *Coliseum*. Alors que la première est devenue créancière de la seconde, cette dernière a cédé un immeuble situé en Pologne à une société tierce espagnole (*Azteca*). La question était alors de savoir si *Feniks* pouvait agir en Pologne en inopposabilité de l'acte de vente contre la société tierce espagnole. Les deux parties au litige n'avaient conclu aucun contrat. La Cour de justice a considéré que l'action paulienne trouvait son fondement dans le droit de créance dont était titulaire la demanderesse à l'égard du patrimoine de son débiteur. Les obligations librement consenties en l'espèce étant celles de *Coliseum* à l'égard de *Feniks*, elles devaient s'exécuter en Po-

⁴⁹ Déjà en 1997, le Professeur Georges Droz notait que sur 99 décisions portant sur l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles publiées au Répertoire de jurisprudence de droit communautaire, « 35 menaient à la compétence du tribunal du domicile du défendeur et 64 à la compétence du tribunal du domicile du demandeur, *forum actoris* condamné par l'article 3 de la Convention à titre de compétence exorbitante ». G. DROZ, *Delendum est forum contratus ? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, D. 1997, p. 351, spé. n° 15. Voir également, pour une analyse dans le même sens en matière délictuelle et en faveur de la consécration d'un *forum victimae* : E. FARNoux, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale* (Thèse), Dir. S. Bollée, Paris I, 2017.

⁵⁰ Voir *supra*.

⁵¹ CJUE, arrêt *Saale Kareda* précité, § 44.

logne, peu importe à cet égard qu'il ne s'agisse pas d'obligations assumées par la défenderesse.

Dans les affaires relatives au paiement de charges de copropriété, la Cour n'a pas statué sur l'interprétation du « lieu d'exécution » dans la mesure où cette question ne lui avait pas été posée. Néanmoins, il est permis d'inférer de la qualification de contrat de fourniture de service⁵² que les services en cause étaient ceux rendus par le syndic de copropriétaires, qui s'exécutaient donc au lieu de situation de l'immeuble et du domicile du syndic demandeur à l'action.

S'il est certain que le for du demandeur en matière contractuelle n'est pas en soi condamnable dans la mesure où il est « absorbé par les opérations contractuelles qui s'y concrétisent »⁵³, tel n'est pas le cas lorsqu'il n'existe aucun autre lien de rattachement. Or, si l'on peut trouver un encreage du contrat dans le pays du for dans les affaires *Saale Kareda*, *Feniks*, *Kerr* et *INA-INDUSTRIJA*, ce n'est pas toujours le cas, et l'affaire *Flightright* nous paraît en être l'illustration. Surtout, si le contrat est effectivement ancré dans l'ordre juridique du for, cette solution peut-elle être néanmoins équitable pour la partie défenderesse, qui n'en est pas partie⁵⁴ ? Plus généralement cet élargissement du for du contrat pose la question de la prévisibilité du for devant lequel le défendeur peut être attiré. Dans l'affaire *Jakob Handte*, la solution d'exclure l'action directe du sous-acquéreur de la matière contractuelle se justifiait au regard du principe de sécurité juridique : le défendeur doit être en mesure de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction autre que celle de son domicile il peut être attiré⁵⁵. Dans l'affaire *Flightright*, il est peu probable que la compagnie Air Nostrum qui a manqué à son obligation de délai dans l'opération d'un vol entre Ibiza et Palma de Majorque, pouvait prévoir qu'elle devrait se défendre devant une juridiction allemande.

⁵² Dans l'arrêt *Kerr* précité, la Cour a conclu à la qualification de contrat de fourniture de services les obligations qui découlent de la qualité de copropriétaire à l'égard du syndic (§§ 38-42).

⁵³ G. DROZ, *Delendum est forum contratus* ? précité, n° 16.

⁵⁴ *Contra* : voir I. PRETELLI, article précité, pour qui la solution de l'arrêt *Feniks* se justifie en l'espèce en matière d'action paulienne, dans la mesure où il s'agit de combattre la fraude du débiteur.

⁵⁵ En ce sens, voir M. FALLON, *La compétence internationale selon le droit judiciaire européen*, in G. DE LEVAL, M. STORME, *Le droit processuel et judiciaire européen*, Bruges 2003, p. 25-62, spé. p. 57.

INDICE GENERALE – anno LXXXVI 2019
Nuova Serie A – n. 70

ANDREA ANNIBALINI, <i>Spunti per una rilettura dell'insindacabilità parlamentare in chiave scriminante</i> ,	III-IV, 345
CECILIA ASCANI, <i>La Direttiva (UE) 2017/1371 e l'introduzione delle fattispecie tributarie al modello 231 di responsabilità degli enti</i> ,	III-IV, 361
ALESSANDRO BONDI, <i>Diritto al muro</i> ,	III-IV, 165
ROBERT BRAY, <i>Interinstitutional agreements – A Discussion</i> ,	III-IV, 193
MARCO CASSIANI, <i>Spunti per una riforma sostenibile - e a costo zero - del processo civile</i> ,	I-II, 7
GEORGES CAVALIER, ROCCO DI NUZZO, <i>New Technologies and Tax Law</i> ,	III-IV, 207
EMILIO DE CAPITANI, <i>Twenty years after Tampere and ten years since the Lisbon Treaty The European area of freedom security and Justice has lost its compass?</i> ,	III-IV, 219
JULIE ESQUENAZI, <i>Retour sur le tribunal compétent sur l'indemnisation des passagers en cas de retard d'un vol avec correspondance: quels enseignements pour le for du contrat?</i> ,	III-IV, 377
ANNA MARIA GIOMARO, <i>Compilazione (e legislazione) giustiniana "In Nomine Domini Nostri Ihesu Christi"</i> ,	I-II, 49
ANDREA GIUSSANI, <i>Remedies against enforcement of foreign judgments</i> ,	III-IV, 267
FRANCIS JACOBS, <i>The current status of the Brexit negotiations, and the implications of Brexit for the United Kingdom and the European Union</i> ,	III-IV, 285
IRENE MACCAGNANI, ILARIA PRETELLI, <i>La legge applicabile ai patti parasociali in Svizzera. Analisi e prospettive alla luce di un caso di studio</i> ,	III-IV, 293
PAOLO POLIDORI, FRANCESCO SESTILI, <i>La regolamentazione delle attività di lobbying: esperienze internazionali a confronto</i> ,	I-II, 69

EDOARDO ALBERTO ROSSI, <i>Gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani negli appalti pubblici. Brevi note,</i>	III-IV, 313
TUTO ROSSI, <i>Banche svizzere e clienti italiani dopo il segreto bancario,</i>	III-IV, 325
HELMUT SATZGER, <i>Harmonisation of Sanctions through EU Law. Legal Basis, Problematic Current Practice and a Proposal for a Better Model in the Future,</i>	III-IV, 335
DÉSIRÉE TEOBALDELLI, DAVIDE TICCHI, <i>Economia informale: cause e conseguenze dell'economia ufficiale,</i>	I-II, 141

Con l'invio di un articolo alla Redazione, l'Autore esprime il consenso a sottoporre il testo a valutazione preliminare. Salvo esplicita richiesta in tal senso, che sarà puntualmente assolta, per il resto la Redazione si riserva di decidere se e quali contributi sottoporre a referaggio con il sistema del double blind peer review.

Finito di stampare nel mese di maggio 2020
nello stabilimento Maggioli S.p.A.
Santarcangelo di Romagna