

La Corte di giustizia confrontata agli Stati membri *opting out*

1. La portata del fenomeno di *opt-out*.

Il progressivo allargamento della Comunità europea ha richiesto modulazioni particolari delle sue regole. Queste modulazioni hanno attenuato la caratteristica all'origine propria delle regole comunitarie di mirare tipicamente ad essere applicate in modo uniforme. Ciò si è reso necessario per venire incontro a particolari esigenze che nei negoziati per gli allargamenti è stato chiesto e ottenuto di vedere soddisfatte da parte di alcuni membri denominati "Stati *opting-out*". Questa denominazione ha una portata puramente relativa perché attesta la non applicabilità a questi Stati di una specifica serie di norme del diritto dell'Unione usualmente identificate in protocolli *ad hoc*. E' per questa ragione che il Regno Unito costituisce uno Stato *opting-out* rispetto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per effetto del Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, allegato al Trattato di Lisbona. Il secondo paragrafo dell'articolo 1 di tale Protocollo comporta, infatti, una limitazione specifica dei diritti che per il Regno Unito possono essere dedotti dal titolo IV della Carta dedicato ai diritti sociali: la disposizione del protocollo stabilisce che questi diritti non siano azionabili davanti ad un organo giurisdizionale salvo nella misura in cui il Paese in questione li abbia previsti nel proprio diritto interno.

Per quanto riguarda la Polonia, invece, un autore rileva che vi sia una chiara opinione maggioritaria secondo cui il fatto che quel Paese sia parte allo stesso Protocollo n. 30 non l'avrebbe reso *opting-out*. Ciò a causa della Dichiarazione n. 62, anch'essa annessa al Trattato di Lisbona: una dichiarazione, questa, con cui la Polonia ha affermato che "tenuto conto della tradizione di movimento sociale di "Solidarność" e del suo importante contributo alla lotta per i diritti sociali e del lavoro, [essa] rispetta pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea e, in particolare, quelli ribaditi nel titolo IV della carta dei diritti fondamentali"¹. Anche se questa dichiarazione, come osserva quell'autore, determina uno "stato di confusione", l'opinione secondo cui la Polonia non è *opting-out* non è condivisibile, innanzitutto, perché una dichiarazione di uno Stato membro costituisce un atto unilaterale che, pur se manifesta una limitata propensione di tale Stato ad

¹ WROBLEWSKI, M., *The legal value and implementation of the Charter of Fundamental Rights in Poland*, in corso di pubblicazione.

avvalersi degli effetti giuridici del Protocollo in cui è contenuta, non incide sui suoi effetti giuridici; e, poi, poiché il Protocollo n. 30 ha per tutti gli Stati lo stesso rilievo dei trattati istitutivi. Costituisce riprova della sua non condivisibilità, innanzitutto, il fatto che la Corte di giustizia si dovrà comunque pronunciare nel caso C-396/13², in cui è richiesta di prendere posizione in relazione ad una domanda pregiudiziale proveniente da giudici finlandesi davanti ai quali un sindacato finlandese a cui sono iscritti lavoratori polacchi distaccati in Finlandia da un'impresa polacca sulla base di un contratto di lavoro retto dal diritto polacco, ha agito per la riscossione di crediti di lavoro ad esso ceduti. Dato che una normativa polacca esclude la possibilità di cessione di crediti da lavoro, il sindacato finlandese ha domandato la non applicabilità di quella normativa in ragione della sua contrarietà alla Carta dei diritti fondamentali che sancisce il diritto dei lavoratori a farsi assistere da sindacati (articolo 28) e a una tutela effettiva dei loro diritti (articolo 47). Orbene, i giudici finlandesi non hanno chiesto alla Corte se essi, in base al Protocollo n. 30, debbano escludere o meno che la Polonia, rispetto a tali diritti, debba considerarsi *opting-out*, ma più specificamente se il suo *opt-out* rilevi anche di fronte a giudici di uno Stato membro diverso dalla Polonia.

In secondo luogo non si può escludere che la Polonia sia *opting-out* perchè non è senza significato che si segnali che il Consiglio Legislativo, operante come organo consultivo del Consiglio dei Ministri polacco, considera che la Carta non possa essere invocata giudizialmente per quanto riguarda la Polonia e lo fa in modo puntualmente corrispondente a quanto indicato nel paragrafo 2 dell'articolo 1 del Protocollo n. 30³.

2. Il carattere opposto del fenomeno di opt-in e l'applicazione dei protocolli ad hoc.

Il fenomeno dell'*opt-out*, legato com'è alla necessità di tener conto di esigenze che singoli Stati, membri o candidati a divenire tali, facciano valere relativamente a specifiche norme o misure dell'Unione suscettibili di essere ad essi applicate, non esaurisce la modulazione che, di fatto, incontra il diritto dell'Unione. Questa modulazione si realizza anche sotto forma di *opt-in*.

Sia l'*opt-out* che l'*opt-in* hanno dato luogo ad applicazioni con riferimento alle quali è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. I problemi che al riguardo sono stati affrontati meritano di essere considerati per evidenziare in che modo e entro quali limiti la Corte ha ritenuto debbano essere applicati i

² Causa C-396/13 pendente dinanzi alla Corte.

³ *Idem*.

protocolli volti a soddisfare l'esigenza di assicurare un'applicazione flessibile del sistema giuridico dell'Unione, resa necessaria dai suoi allargamenti.

3. L'impossibilità per uno Stato membro di pretendere di applicare l'opt-in o l'opt-out "à la carte".

Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con riferimento ad un ricorso presentato dal Regno Unito nel caso C-77/05⁴, la Corte di giustizia è stata richiesta di annullare il regolamento CE 2007/2004 del 26 ottobre 2004 con cui il Consiglio, nel quadro del Titolo IV del Trattato di Amsterdam e dell'*acquis* di Schengen, aveva istituito un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione senza permettere a quel Paese di partecipare all'adozione del regolamento in questione. Il Regno Unito non ha preso parte agli accordi di Schengen connotandosi, con riferimento ad essi, come *opting-out*. In virtù dell'articolo 4 del Protocollo di Schengen è però previsto che il Regno Unito possa chiedere in qualsiasi momento di partecipare, in tutto o in parte, all'applicazione delle disposizioni di detto *acquis* – possa, cioè, proporsi come *opting-in* - e vi possa essere autorizzato da una decisione del Consiglio presa all'unanimità. Il Regno Unito, dopo aver richiesto di partecipare *solo a un limitato settore* di detto *acquis* e averne acquisito l'autorizzazione del Consiglio, aveva preteso di partecipare all'adozione del regolamento impugnato. La Corte ha ritenuto che la pretesa del Regno Unito, avanzata col suo ricorso, di essere considerato *opting-in*, non potesse essere accolta stante che il regolamento 2007/2004 costituisce uno sviluppo delle disposizioni *dell'intero acquis* di Schengen, presuppone l'accettazione tanto di questo quanto dei principi che ne costituiscono il fondamento e non si iscrive in alcuna maniera *solo* nel settore di cooperazione al quale il Regno Unito è stato ammesso a partecipare. Per la Corte la flessibilità del sistema dell'Unione concretata da un protocollo consacrante la possibilità per uno Stato membro di ricorrere a *opt-out* e *opt-in* non può essere invocata da quello Stato per applicare tale sistema a proprio comodo, "*à la carte*"⁵⁻⁶.

La Corte di giustizia ha assunto un identico atteggiamento con la pronuncia resa nel caso C-482/08⁷, in cui il Regno Unito, sempre in ragione della sua esclusione dalla procedura di

⁴ Corte di giustizia 18 dicembre 2007, *Regno Unito c. Consiglio*, C-77/05, ECLI:EU:C:2007:803.

⁵ *Ibidem*, paragrafo 50.

⁶ Per un identico atteggiamento assunto dalla Corte di giustizia in pari data cfr. la sentenza resa tra le stesse parti nella causa C-137/05, ECLI:EU:C:2007:805, (paragrafi 96 e ss.) con riferimento all'impugnazione da parte del Regno Unito del regolamento (CE) n. 2252/2004, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri.

⁷ Corte di giustizia 26 ottobre 2010, *Regno Unito c. Consiglio*, C-482/08, ECLI:EU:C:2010:631.

adozione di un atto, ha impugnato la decisione 2008/633 GAI relativa all'accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità designate degli Stati membri e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di reati di terrorismo e altri reati gravi⁸.

Anche in questo caso il Regno Unito sosteneva che avrebbe dovuto essere ammesso a partecipare a quella procedura. Pretendeva che questa concernesse una cooperazione in materia di polizia e non un settore dell'*acquis* di Schengen a cui esso non partecipa. La Corte ha respinto il ricorso. Ha, tra l'altro, rilevato che, se avesse ritenuto che la decisione in questione costituiva una misura di polizia, riconoscendo al Regno Unito lo *status* di Stato *opting-in*, avrebbe dovuto permettere a tutti gli Stati membri di partecipare alla determinazione delle modalità di consultazione del VIS, pur se alcuni di essi a) non hanno partecipato alla definizione dei principi che hanno presieduto all'attuazione di una banca dati in materia di visti e b) non contribuiscono neppure alla gestione e al finanziamento di detto sistema⁹.

4. *L'interpretazione, da parte della Corte di giustizia, dei protocolli n. 30 e n. 21 annessi al Trattato di Lisbona.*

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Corte di giustizia ha mantenuto detto atteggiamento prudente, innanzitutto in casi in cui, con riferimento al Regno Unito, si invocava l'*opt-out* risultante dal citato Protocollo n. 30 e dal Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, annessi a detto Trattato.

Sul Protocollo n. 30 la Corte era stata richiesta di pronunciarsi da giudici del Regno Unito nel caso N.S.¹⁰ in relazione a un ricorso di un cittadino di uno Stato terzo, richiedente asilo ai sensi del regolamento (CE) 343/2003, contro una decisione delle autorità di quel paese che ne imponevano il trasferimento in Grecia, Stato, ai sensi di quel regolamento, in primo luogo competente ad esaminare la sua domanda in quanto nel territorio ellenico era avvenuto il suo primo approdo nell'Unione.

I giudici del rinvio, ritenendo che si dovesse accertare la conformità con la Carta dei diritti fondamentali della legge nazionale sulla base della quale detta decisione era stata adottata, hanno chiesto alla Corte di giustizia di verificare se tale legge e tale decisione non dovessero rispettare la Carta per effetto dell'*opt-out* espresso dal Regno Unito con il secondo paragrafo

⁸ In GU L218, p. 129.

⁹ C-482/08, *Regno Unito c. Consiglio*, cit., paragrafo 58.

¹⁰ Corte di giustizia 21 dicembre 2011, *N.S. e a.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

dell'articolo 1 del Protocollo n. 30, riguardante, come già indicato, i diritti di solidarietà e i diritti sociali contemplati del titolo IV della Carta. La Corte di giustizia ha superato tale questione affermando *laconicamente* e perentoriamente che i diritti invocati dai richiedenti asilo nei procedimenti principali non fanno parte del titolo IV della Carta.

Sul Protocollo n. 21, a termini del quale il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione da parte del Consiglio di misure proposte a norma della Parte Terza, Titolo V TFUE, la Corte di giustizia è stata invece richiesta di pronunciarsi nella causa C-431/11¹¹. In quel caso si era in presenza di un ricorso presentato dal Regno Unito per l'annullamento di una decisione del Consiglio, relativa all'accordo SEE e basata sull'articolo 48 TFUE, che stabiliva la posizione dell'Unione europea in merito ad una modifica dell'allegato VI (sicurezza sociale) e del Protocollo n. 37 di detto accordo SEE. Secondo il Regno Unito il Consiglio non avrebbe dovuto basare la decisione sull'articolo 48 TFUE che consente al Parlamento europeo e al Consiglio, nell'ambito della disciplina della libera circolazione nel mercato interno, di attuare un sistema che consente di assicurare ai lavoratori migranti dipendenti ed autonomi *diritti in materia di sicurezza sociale*. Avrebbe dovuto, invece, basare la sua decisione sull'articolo 79, paragrafo 2, lettera b) TFUE che consente di adottare misure che definiscono i “diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro” e che ricade nel Titolo V della Parte Terza di tale Trattato rispetto alla quale, a termini del Protocollo n. 21, il Regno Unito deve considerarsi *opting-out* (articolo 2). Secondo il Regno Unito, fondandosi sull'articolo 48, e non sull'articolo 79 TFUE, il Consiglio l'avrebbe privato della *facoltà*, come Stato *opting-out* ai sensi del Protocollo n. 21, di *non* partecipare all'adozione di una decisione quale quella in questione e di non essere da essa vincolati.

Pronunciandosi il 26 settembre 2014, seguendo un metodo suscettibile di essere applicato in relazione a tutti i protocolli dello stesso tipo, la Corte ha stabilito la portata del Protocollo n. 21 riferendosi alla materia – la Parte Terza, Titolo V TFUE – a proposito della quale questo Protocollo esprime l'*opt-out* del Regno Unito e dell'Irlanda: ha ricostruito come l'obiettivo che, nel contesto di tale materia, persegue il paragrafo 2 dell'articolo 79, sia quello di sviluppare una politica comune dell'immigrazione volta a garantire “la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini di paesi terzi (...) e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani”¹². E ha distinto nettamente questo obiettivo da quello ritenuto proprio della decisione in questione

¹¹ Corte di giustizia 26 settembre 2014, *Regno Unito c. Consiglio*, C-431/11, ECLI:EU:C:2014:589.

¹² *Ibidem*, paragrafo 63. La sottolineatura è mia.

che ha considerato iscriversi “tra le misure mediante le quali il diritto del mercato interno dell’Unione deve, per quanto possibile, essere esteso al SEE in modo che i cittadini dei suddetti Stati beneficino della libera circolazione delle persone alle stesse condizioni sociali dei cittadini dell’Unione”¹³. Per questo ha ritenuto legittimo che la decisione sia stata basata sull’articolo 48 TFUE , rilevando che “in mancanza della modifica prevista dalla decisione impugnata, la libera circolazione delle persone nel SEE non potrebbe essere esercitata a condizioni sociali identiche a quelle previste nell’Unione, il che senza dubbio comprometterebbe lo sviluppo dell’associazione e la realizzazione degli obiettivi dell’Accordo SEE”¹⁴.

I rilievi sopra proposti ad interpretazione della pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso C-431/11 trovano riscontro nella pronuncia da questa resa il 18 dicembre 2014 nel caso C-81/13¹⁵, sempre a proposito del Protocollo n. 21, seguendo le conclusioni presentate dall’avvocato generale Kokott il 17 luglio 2014¹⁶.

Analogo rifiuto di rimettere alla discrezionalità del Regno Unito l’interpretazione e l’applicazione di un protocollo si ritrova nella pronuncia resa dalla Corte di giustizia, sempre il 18 dicembre 2014, nel caso *Mc Carthy*¹⁷. In questo caso la Corte era richiesta di pronunciarsi sul Protocollo n. 20 con riferimento alla pretesa del Regno Unito di sottrarsi a quanto stabilito dagli articoli 26 e 77 TFUE.

L’articolo 1 del Protocollo n. 20, in deroga a quegli articoli, autorizza il Regno Unito ad esercitare, alle sue frontiere con altri Stati membri, sulle persone che intendono entrare nel territorio britannico, quei controlli che ritenga necessari *al fine di verificare il diritto di accedervi per i cittadini di Stati membri che esercitano diritti conferiti loro dal diritto dell’Unione*. Il Regno Unito ha preteso di fondarsi su tale *opt-out* per applicare ad una cittadina di uno Stato terzo, moglie di un cittadino del Regno Unito e ivi residente, una disposizione di un regolamento nazionale sull’immigrazione in base alla quale, per poter viaggiare nel Regno Unito, quella persona deve essere dotata, oltre che di una carta di

¹³ *Ibidem*, paragrafo 58. La sottolineatura è mia.

¹⁴ *Ibidem*, paragrafo 59.

¹⁵ Corte di giustizia 18 dicembre 2014, *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio*, C-81/13, ECLI:EU:C:2014:2449.

¹⁶ Nelle sue conclusioni l’avvocato generale aveva rilevato che:

- a) La *ratio* del Protocollo n. 21 non consiste nel rimettere alla discrezionalità del Regno Unito la partecipazione a misure deliberate dalle istituzioni europee con obiettivi diversi da quello perseguito dalla Parte Terza, Titolo V TFUE e identificabili in quello di allargare il mercato interno e potenziare l’associazione in essere tra l’Unione e Paesi terzi
- b) Il funzionamento di un accordo di associazione e la realizzazione del programma di associazione ivi contenuto sarebbero fortemente pregiudicati se singoli Stati membri dell’Unione applicassero nei confronti del paese terzo associato o dei suoi cittadini l’*acquis* del diritto dell’Unione solo parzialmente o con modifiche e potessero in tal modo riservare a se stessi un trattamento speciale.

¹⁷ Corte di giustizia 18 dicembre 2014, *McCarthy*, ECLI:EU:C:2014:2450.

soggiorno di un Paese dell'Unione, di un permesso di ingresso quale “il permesso per familiari di cittadini del SEE”¹⁸ – valido per una durata di sei anni. La Corte di giustizia ha rilevato che “l’articolo 1 del protocollo n. 20, autorizza il Regno Unito a verificare se una persona che intende entrare nel suo territorio soddisfi in effetti le condizioni di ingresso, in particolare quelle previste dal diritto dell’Unione. Tuttavia, il medesimo articolo 1 non consente a tale Stato membro di determinare le condizioni di ingresso delle persone titolari di un diritto di ingresso in forza del diritto dell’Unione e, in particolare, di imporre loro condizioni di ingresso supplementari o diverse rispetto a quelle previste dal diritto dell’Unione”¹⁹.

5. Conclusioni.

La Corte di giustizia, con le sue prese di posizione, ha evidenziato, da un lato, che uno Stato membro non può pretendere di applicare l’*opt-in* o l’*opt-out* “à la carte” e utilizzare norme operanti nel quadro del diritto dell’Unione per beneficiare di meccanismi in esso istituiti senza contribuire alla loro gestione e al loro finanziamento. D’altro lato, essi hanno chiarito che per precisare la portata di un protocollo che preveda un *opt-in* o un *opt-out* occorre riferirsi agli obiettivi della materia con riferimento alla quale esso prevede l’una o/e l’altra facoltà evitando la loro applicazione a misure attinenti a materie perseguenti obiettivi diversi; e poi hanno precisato che l’esercizio di un *opt-out* non può trascendere il fine con riferimento al quale un protocollo lo prevede. In sintesi la Corte si è preoccupata di evitare che i protocolli prevedenti *opt-in* e *opt-out* siano interpretati prescindendo da un bilanciamento tra l’esigenza di assicurare un’applicazione flessibile del sistema giuridico dell’Unione resa necessaria dai suoi progressivi allargamenti e quella di evitare invocazioni eccessive, se non pretestuose, di deroghe al normale funzionamento di tale sistema.

¹⁸ *Ibidem*, paragrafo 66.

¹⁹ *Ibidem*, paragrafo 64.